

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA
PROCÉDURE DU DIVORCE

D'APRÈS
LA LOI FRANÇAISE
(ÉTUDE CRITIQUE)

Thèse de Doctorat ès Sciences juridiques

PAR

Marcel CHASSARY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

MONTPELLIER

IMPRIMERIE DE L' "ÉCONOMISTE MÉRIDIONAL "

9, Boulevard du Jeu-de-Paume, 9

Téléphone 11-31

1920

LA PROCÉDURE DU DIVORCE

D'APRÈS LA LOI FRANÇAISE

(ÉTUDE CRITIQUE)



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA
PROCÉDURE DU DIVORCE

D'APRÈS
LA LOI FRANÇAISE
(ÉTUDE CRITIQUE)

Thèse de Doctorat ès Sciences juridiques

PAR

Marcel CHASSARY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER



MONTPELLIER
IMPRIMERIE DE L' "ÉCONOMISTE MÉRIDIONAL"
9, Boulevard du Jeu-de-Paume, 9
Téléphone 11-31

1920

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM. VALÉRY, doyen, professeur de Droit commercial, chargé
du cours de Droit international privé.

MOYE, professeur de Droit international public.

CHARMONT, professeur de Droit civil (en congé).

CHAUSSÉ, professeur de Droit romain (en congé).

MORIN, professeur de Droit civil.

DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel.

BECQUÉ, agrégé de Droit civil.

DE NESMES-DESMARETS, agrégé de Droit administratif.

ROCHE-AGUSSOL, agrégé d'Economie politique.

HUGUENEY, agrégé de Droit civil.

PETOT, chargé de cours de Droit romain.

BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.

DIJOL, chargé du cours de procédure.

VINCENT, chargé de cours de Droit romain.

BOSC, chargé de cours de Droit civil.

VIGIÉ et BRÉMOND, doyens honoraires.

LABORDE, professeur honoraire.

ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. MORIN, *président*.

BECQUÉ.....	} <i>Assesseurs.</i>
HUGUENEY.....	

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

M. C.

LA PROCÉDURE DU DIVORCE

D'APRÈS LA LOI FRANÇAISE

(ÉTUDE CRITIQUE)

AVANT-PROPOS

Ne reste-t-il plus rien à dire sur le divorce ? D'aucuns affirmeront sans hésiter : non. De toutes nos institutions, il semble bien, en effet, que le divorce est celle dont on a le plus parlé, sur laquelle il a été le plus écrit. Nos enceintes parlementaires, lors de l'élaboration de la loi du 19 juillet 1884, ont retenti, pendant de longues séances, des accents tour à tour émouvants et indignés des partisans et des adversaires de son rétablissement; les orateurs de la chaire, s'abritant derrière la grande opinion de saint Augustin, semblent avoir épuisé tous les arguments que la doctrine chrétienne peut invoquer contre le divorce; celui-ci a été, depuis plus de trente ans, le sujet favori des romanciers et des auteurs dramatiques : livres et pièces à thèse, romans et pièces légères, de combien d'ouvrages le divorce n'a-t-il pas été la matière ? On a parlé de lui dans des assemblées austères et sur des scènes du boulevard. Si nous regardons du côté

du Palais, le divorce ne règne-t-il pas en maître incontesté au sein de toutes nos audiences ? Les procès entre époux, dont au moins l'un d'eux est désireux de reprendre sa liberté, encombrent le feuilleton, et on peut croire que la jurisprudence est définitivement fixée, les juges ayant vu se poser devant eux tous les cas d'espèce pouvant se présenter en cette matière.

Ne s'expose-t-on pas, dès lors, à des redites et à des banalités, en discourant sur une institution qui exerce dans toute notre société moderne une action bienfaisante, disent les uns, néfaste, affirment ceux qui se dressent contre elle au nom de la morale et de la religion ?

Et cependant, si l'on se place sur le terrain du droit, il apparaît que la matière peut encore faire l'objet de réflexions et d'études. Pour tout esprit non superficiel, il est évident que le divorce, envisagé comme institution juridique, n'a pas encore atteint son complet développement. Les solutions définitives ne sont pas encore acquises : les décisions jurisprudentielles ne procèdent pas de principes véritables, mais constituent bien souvent des expédients combinés par le juge pour concilier les exigences des situations de fait qu'il a à juger avec les règles empiriques du Code civil.

Tout cela décèle un caractère provisoire, et l'on sent que des principes plus nets se dégageront et prévaudront en jurisprudence dans un temps plus ou moins éloigné. Le divorce n'est pas une institution qui se meurt. Son passé est riche et fécond, puisque son histoire se développe tout au cours de celle du droit ; son avenir semble devoir être extrêmement brillant : il paraît devoir durer autant que l'humanité, puisqu'il est peu plausible qu'on puisse jamais trouver un autre remède pour résoudre les

problèmes que font surgir les événements qui rendent impossible la vie commune entre époux.

Les principes régissant le divorce, dans notre Code civil, craquent donc de toutes parts. On sent se mûrir, derrière les vapeurs qui cachent l'avenir, des solutions nouvelles. Celles-ci nécessiteront de nouvelles formes pour la mise en mouvement de la procédure du divorce : à une évolution du fond même du droit correspondra une évolution dans sa forme.

Ce sont nos réflexions sur les formes nouvelles de la procédure du divorce qui seront l'objet de cette modeste étude critique.

Toutefois, avant de partir, isolé, sur les sentiers inconnus de la procédure du divorce de demain, nous estimons nécessaire de jeter un coup d'œil en arrière et de considérer, dans une première partie de cet ouvrage, ce qui a été fait et les données qui sont, à ce jour, l'aboutissement de la doctrine et de la jurisprudence antérieure.

Un mot pour rassurer certains lecteurs au seuil de cette étude : ces pages n'expriment pas la pensée d'un esprit désireux de voir se développer encore davantage le divorce, dont les ravages s'étendent chaque jour. Nous souhaitons, au contraire, voir plus respecté ce principe de l'indissolubilité du mariage, qui est le fondement le plus sûr de la famille française et la sauvegarde de toutes les vertus de notre race. Mais, hélas ! on l'a dit et répété, le divorce est un mal nécessaire, et de la vérité de cette affirmation la preuve n'est plus à faire. La perfection n'est pas de ce monde et les époux ne sont pas toujours des êtres parfaits. Donnez la perfection aux hommes et le divorce n'existera plus qu'à l'état de souvenir. En attendant, conservons-le et voyons s'il n'est pas sus-

ceptible d'améliorations qui seraient de nature à atténuer sa nocivité.

D'autre part, le lecteur qui feuillera ces quelques pages, avant de les lire, pourra être étonné de la différence qui existe entre le titre de cette étude et son contenu : le titre se réfère à la procédure du divorce et en réalité la procédure n'est pas seule étudiée dans le corps de l'ouvrage, mais encore les causes du divorce. Cet étonnement disparaîtra au cours de la lecture. En effet, il n'est pas possible d'étudier la procédure du divorce sans analyser en même temps les causes; il y a solidarité entre les deux questions, procédure et causes s'influencent réciproquement; l'essor du divorce dépend non seulement des causes admises par la loi, mais encore des conditions et des règles de forme imposées par cette loi pour la réalisation du divorce. Nous indiquons simplement, à titre d'exemple, le fonctionnement du divorce par consentement mutuel dans le Code civil de 1804. A première vue, ce mode de divorce paraît d'une application extrêmement large, puisqu'il résulte d'un accord de volonté des époux; en réalité, la procédure organisée par le législateur de 1804 en a réduit considérablement le champ d'application : les conditions, les délais, les épreuves imposés par la loi font qu'il est souvent beaucoup plus difficile d'obtenir le divorce en recourant au consentement mutuel qu'en invoquant une des causes déterminées de divorce admises par le Code.

PREMIÈRE PARTIE

Le divorce avant la loi de 1884

CHAPITRE PREMIER

Le divorce dans le Droit intermédiaire

Survient la tourmente révolutionnaire. Les principes nouveaux des hommes de 1789 ne devaient pas manquer d'exercer une influence profonde sur la constitution de la famille et, en particulier, sur le mariage.

Le premier coup qui devait ébranler la notion du mariage, conçu par notre ancien droit comme une union indissoluble sous l'influence de l'Eglise, fut l'article 7 de la Constitution du 3 septembre 1791 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. » Le principe de liberté individuelle trouve là une de ses applications. Le mariage est un contrat; or, on peut anéantir un contrat, donc on peut briser le lien conjugal, de même qu'on résilie un bail.

Ce principe fut simplement énoncé dans la Constitution de 1791; aucune réglementation ne fut édictée pour déter-

miner les conditions dans lesquelles les citoyens pourraient s'en prévaloir. Malgré ce, il permit à des époux de se séparer de leur conjoint; ce fut le divorce de fait. Le divorce fut ainsi pratiqué sans qu'aucune règle, sans qu'aucune procédure vienne en régler le jeu.

La procédure du divorce fut organisée par le décret du 20 septembre 1792, qui « détermine les causes, le mode et les effets du divorce ».

Décret du 20 septembre 1792

En tête du décret est énoncé le principe de liberté individuelle, dont le divorce est une conséquence directe et nécessaire : « L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit... »

CAUSES DU DIVORCE

Le décret du 20 septembre 1792 est extrêmement large à cet égard.

Le décret admet d'abord le divorce pour des causes déterminées, qui sont :

La démence, la folie ou la fureur d'un des époux;

La condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes;

Les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre;

Le dérèglement de mœurs notoire;

L'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme, pendant deux ans au moins;

L'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans;

L'émigration, dans les cas prévus par la loi, notamment par le décret du 8 avril 1792;

Enfin, les époux séparés de corps par jugement exécuté ou en dernier ressort pourront faire prononcer le divorce.

Nous verrons ultérieurement qu'on peut envisager trois notions du divorce.

La première considère le divorce comme la sanction d'un tort inféré par l'époux coupable à son conjoint; d'un manquement à une obligation matrimoniale; c'est la réparation d'un préjudice consécutif à une faute, c'est presque l'idée de l'article 1382 du Code civil, transposée du domaine des biens dans celui des personnes.

La deuxième notion voit dans le divorce la réparation accordée à l'un des époux à l'occasion d'un préjudice qui résulte pour lui d'une faute de son conjoint, mais sans que cette faute se rattache à une obligation découlant du mariage.

Enfin, on peut concevoir le divorce comme le remède à une situation de fait qui rend impossible le maintien de l'association conjugale, but du mariage. On ne se préoccupe plus de la cause qui rend impossible l'union entre les époux. On se contente de constater que la vie commune est intolérable et, cette constatation faite, on brise cette union conjugale dont le maintien risquerait

de provoquer des catastrophes. Cela ressemble à l'opération chirurgicale rendue nécessaire par une maladie incurable, qui menace de s'étendre à tout l'organisme. On dissout le mariage, devenu un risque permanent, ainsi qu'on dissout une société avant l'expiration du terme, lorsqu'une circonstance, comme la perte du fonds social, rend impossible le fonctionnement normal de cette société.

Les causes déterminées admises par le décret du 20 septembre 1792 procèdent de ces diverses notions :

La condamnation à une peine afflictive et infamante, les crimes, sévices et injures graves, le dérèglement de mœurs, l'abandon se rattachent à la première notion ;

L'émigration se rapproche de la deuxième notion ;

L'absence et l'état de folie ou de fureur sont, d'autre part, des situations qui, aux yeux du législateur de 1792, ne permettent point le maintien de la vie commune, bien qu'aucune faute ne soit imputable à l'un des époux.

Le *consentement mutuel* des époux est, à côté des causes déterminées, une cause de divorce.

C'est ici que nous saisissons sur le vif l'assimilation du mariage à un contrat civil. Ce qu'un accord de volontés a créé, le même accord peut le détruire ; on anéantit un mariage comme une convention quelconque. Deux époux divorcent, de même que deux contractants, qui considèrent que leur convention est onéreuse pour chacun d'eux, décident de reprendre leur liberté et courir vers de nouvelles opérations.

Le législateur de 1792 a été aveuglé par le principe de la liberté individuelle et est resté complètement insensible aux raisons de morale et d'intérêt social qui font du

mariage un contrat d'une nature spéciale, au maintien duquel l'avenir de toute société est intéressé.

Le principe de l'autonomie de la volonté s'applique donc à la matière du mariage comme à tous les contrats. Le consentement mutuel des époux suffit à rompre le lien qui les unissait, et si une procédure est nécessaire pour réaliser le divorce, elle n'influe pas sur le fond du droit; comme nous le verrons bientôt, la volonté commune et unanime des deux époux ayant pour but le divorce par consentement mutuel est souveraine, et l'autorité publique doit s'incliner devant elle.

Incompatibilité d'humeur ou de caractère. — Enfin, le décret du 20 septembre 1792 admet que « l'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'humeur ou de caractère ».

C'est le divorce par la volonté unilatérale d'un des époux, c'est le *repudium* des Romains.

C'est un autre aspect du principe de la liberté individuelle : on ne peut enchaîner à perpétuité sa propre liberté par le mariage, de même qu'on ne peut engager ses services qu'à temps (article 1780 du Code civil). Toute convention contraire serait illicite.

PROCÉDURE DU DIVORCE

Le législateur de 1792 distingue, au point de vue de la procédure, le divorce par consentement mutuel, le divorce sur la demande de l'un des conjoints pour cause d'incompatibilité, le divorce pour causes déterminées.

Divorce par consentement mutuel. — La procédure comprend deux phases essentielles :

La comparution des époux devant un tribunal familial;

Le prononcé du divorce par l'officier de l'état civil.

Les époux qui sont d'accord pour le divorce doivent convoquer, par exploit d'huissier, les membres de l'assemblée de famille, composée, aux termes de l'article premier du décret, de six membres au moins. Ces membres sont les plus proches parents et, à défaut de parents, des amis. De ces parents ou amis, trois sont cités par le mari et trois par la femme.

L'assemblée se réunit au lieu par elle convenu, avec les époux, un mois au moins après le jour de la convocation. Les deux époux se présentent devant l'assemblée, exposent leur volonté commune de divorcer, écoutent les observations et les conseils de leurs parents ou amis. Si les conjoints persistent dans leur intention, acte de la comparution devant l'assemblée et du défaut de conciliation est dressé par un officier de l'état civil requis à cet effet, signé de lui, des époux et des membres de l'assemblée; minute de cet acte est déposée au greffe de la municipalité.

Il ne reste plus qu'à obtenir le prononcé du divorce. Dans le délai d'un mois au moins et de six mois au plus de la date de l'acte constatant le défaut de conciliation devant l'assemblée de famille, les époux se présentent devant l'officier de l'état civil du lieu du domicile du mari. Cet officier, sur la demande des époux, prononce le divorce, qui est soumis à toutes les formes des actes de l'état civil.

Cette procédure est peu compliquée, ne nécessite pas beaucoup de papier timbré et n'est guère coûteuse. Nous verrons d'ailleurs encore plus simple, car le législateur de 1792 a tenu à se surpasser dans l'art de la simplification des formes du divorce.

Divorce pour cause d'incompatibilité. — Ici encore, la procédure du divorce suppose l'intervention du tribunal de famille, mais l'intervention de celui-ci se produit à trois reprises successivement.

Les auteurs du décret ont considéré sans doute que le divorce pour incompatibilité d'humeur, provoqué par la volonté unilatérale d'un des époux, présente un caractère de gravité plus considérable que le divorce par consentement mutuel. Aussi multiplient-ils les comparutions de l'époux demandeur devant l'assemblée familiale pour l'amener à réfléchir sur l'importance, les risques, les dangers et les conséquences de sa demande. Ils ont pensé que les observations et les exhortations de ses parents ou de ses amis seraient de nature à lui faire comprendre la gravité de son initiative et lui éviteraient de céder trop facilement à un ressentiment passager et éphémère vis-à-vis de son conjoint.

Le demandeur convoque, devant l'un des officiers municipaux du domicile du mari, une première assemblée de ses parents ou amis, qui ne pourra avoir lieu qu'un mois après la convocation. Cette convocation est dénoncée, avec l'indication des noms des parents et amis que le demandeur a convoqués, à l'époux défendeur, avec sommation à celui-ci d'avoir à comparaître devant l'assemblée, assisté de trois parents et, à leur défaut, d'amis. Cette première assemblée a lieu à la mairie. Au jour fixé, les époux comparaissent : le demandeur articule ses griefs, le défendeur formule sa défense, les membres de l'assemblée prêchent le calme et la concorde. A défaut de conciliation, l'officier municipal, qui s'est retiré hors de la salle pendant les débats, est rappelé pour dresser acte de la non-conciliation, tandis que l'assemblée se proroge

à deux mois. Si le défendeur a jugé inutile de se présenter devant le tribunal familial, expédition de la minute de l'acte constatant le défaut de conciliation des époux et de la prorogation de l'assemblée est signifiée au défendeur défaillant par le demandeur.

A l'expiration des deux mois, nouvelle réunion de l'assemblée sur l'initiative du conjoint demandeur; nouveaux débats et, à défaut de conciliation, l'assemblée ajourne sa prochaine réunion à trois mois.

Enfin, à la troisième réunion de l'assemblée, si l'époux demandeur persiste dans son intention, il en sera dressé acte qui sera signifié au défendeur.

Dans les huit jours au moins et dans les six mois au plus après la date de cet acte, le demandeur pourra faire prononcer définitivement le divorce par l'officier de l'état civil.

S'il laissait écouler ce délai sans faire prononcer le divorce, il lui serait nécessaire de recommencer toute la procédure pour obtenir le prononcé.

Il convient de remarquer que cette institution du tribunal de famille est une des plus heureuses innovations du décret de 1792. Il est évident que les proches parents ou les amis sont particulièrement qualifiés pour apaiser les époux dressés l'un contre l'autre, leur faire saisir l'intérêt qu'il y a pour les enfants au maintien du lien qui unit leurs père et mère. Les membres de l'assemblée connaissent le caractère de chacun des conjoints, savent à quel sentiment il faut faire appel pour éviter la rupture et peuvent trouver, dans leur affection pour eux, le moyen de consolider le lien qui menace de se rompre.

Sans doute, les résultats du décret de 1792 ont démenti les espérances que plaçait le législateur dans l'in-

intervention de ces tribunaux de famille pour étouffer dans leur germe les demandes en divorce. Nous estimons toutefois que cette juridiction familiale avait sa valeur. C'est probablement à l'extension abusive des causes de divorce admises par la loi, et surtout au désordre des idées et dérèglement des mœurs, au lendemain de la Révolution, que l'on doit attribuer le développement excessif du divorce.

Divorce pour cause déterminée. — Nous avons vu quelles en étaient les causes. Le législateur estime que ces causes sont de nature, du fait qu'elles existent, à amener la rupture du lien conjugal, puisqu'elles revêtent un caractère certain de gravité.

Aussi la procédure est-elle des plus simples : lorsqu'un des époux demande le divorce pour cause déterminée, aucun délai d'épreuve n'est requis.

Au cas où les motifs sont déterminés par des jugements, comme au cas de condamnations afflictives ou infamantes, l'époux demandeur pourra s'adresser directement à l'officier de l'état civil compétent pour faire prononcer le divorce.

La procédure sera identique au cas de divorce pour absence se prolongeant pendant cinq ans, sans nouvelles de l'absent.

Dans les autres cas de divorce pour causes déterminées déjà énoncées, l'époux demandeur devra se pourvoir devant les arbitres de famille, « en la forme prescrite dans le Code de l'ordre judiciaire pour les contestations entre mari et femme ».

En ce qui concerne le cas de divorce pour absence sans nouvelles pendant cinq ans, l'époux demandeur pourra

le demander directement à l'officier de l'état civil. Celui-ci le prononcera sur le vu d'un acte de notoriété constatant l'absence.

EFFETS DU DIVORCE

Le décret du 20 septembre 1792 distingue les effets entre les époux et les effets à l'égard des enfants.

Les époux divorcés reprennent leur pleine liberté et peuvent, en conséquence, contracter un nouveau mariage et même se remarier ensemble.

Si le divorce a été prononcé par consentement mutuel ou pour incompatibilité, l'époux divorcé qui veut conclure un nouveau mariage avec un autre ne pourra le faire qu'après l'expiration d'un délai d'un an, qui court du jour où le divorce a été prononcé.

D'autre part, au cas de divorce prononcé pour cause déterminée, la femme ne pourra se remarier avec un autre que son ex-conjoint qu'après un an écoulé depuis le divorce.

En ce qui concerne la liquidation des intérêts pécuniaires des époux, le décret pose en principe que les droits des époux seront réglés par la loi ou la convention, comme ils seraient réglés si l'un des époux était décédé. Le texte prévoit également qu'une pension alimentaire pourra être accordée par les arbitres de famille à l'époux divorcé dans le besoin, pension qui sera à la charge de l'autre époux et qui sera fixée eu égard aux facultés de celui-ci. Au cas de nouveau mariage de l'époux qui a obtenu la pension, celle-ci se trouvera éteinte.

En ce qui concerne les enfants, le législateur de 1792 a édicté les règles suivantes :

Au cas de divorce par consentement mutuel ou pour incompatibilité, sous réserve d'un accord des parents, les filles et les garçons de moins de sept ans seront confiés à la mère, les garçons au-dessus de sept ans au père.

Si le divorce a été prononcé pour cause déterminée, la question de la garde des enfants est réglée par l'assemblée de famille.

Au cas de divorce pour cause de séparation de corps, les enfants resteront sous la garde de ceux auxquels le jugement de séparation ou la transaction les a confiés.

Quel que soit l'époux auquel la garde de l'enfant a été confiée, chacun des deux époux est tenu de contribuer à son entretien et à son instruction.

Enfin, l'article 17 du décret précise que les enfants conservent tous leurs droits à la succession de leurs père et mère divorcés et que, si ceux-ci ont d'autres enfants d'un mariage subséquent, les enfants des différents lits concourront à la succession par égales portions. C'est le principe qui sera repris par les rédacteurs du Code civil de 1804, lorsqu'ils poseront, dans l'article 745 dudit Code, la règle générale qui domine les successions dévolues aux descendants : « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages. Ils succèdent par égales portions et par têtes... »

PRONONCÉ DU DIVORCE

Le divorce, nous l'avons vu, est prononcé par l'officier de l'état civil. Cette particularité découle de la notion du divorce dans notre droit révolutionnaire. Tantôt le

divorce est la sanction d'un tort causé par un des époux à l'autre ; dans ce cas, dès que l'existence de ce tort est révélée, le divorce en est la conséquence. Il n'y a pas de discussion. Tantôt, au contraire, le divorce est la résiliation d'un contrat, soit par consentement mutuel, soit par la volonté unilatérale d'un des époux. Dans ces deux hypothèses, il n'y a pas de débats, pas de plaidoiries. Le divorce est soit la consécration d'une situation de fait dérivant d'une cause déterminée par la loi, soit la consécration d'un état de droit engendré par un accord de volontés des deux conjoints ou par la volonté d'un seul d'entre eux. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire résulter le divorce d'un jugement, puisqu'il n'y a pas litige à proprement parler. Il suffira de faire prononcer le divorce par un officier public, ce qui équivaudra à une formalité de publicité. Et il semble bien que c'est là le but essentiel poursuivi par le législateur de 1792, en conférant à l'officier de l'état civil le soin de prononcer le divorce. S'il n'y avait pas de tiers pouvant avoir un intérêt à connaître le divorce, celui-ci resterait une affaire entre époux. Comme cependant la société a intérêt à connaître les modifications survenant dans l'état des personnes, on chargera l'officier de l'état civil de prononcer le divorce, simple formalité, et d'en dresser acte sur le registre des mariages, ce qui est essentiel. Tandis que les formalités de publicité prescrites par les articles 250 et 251 du Code civil, insertion d'une part et transcription sur les registres de l'état civil d'autre part, sont l'aboutissement d'un long procès couronné par une décision de justice, sous le régime du décret du 20 septembre 1792, au contraire, les actes à accomplir par l'officier de l'état civil constituent surtout une mesure destinée à assurer

la publicité d'une situation nouvelle qu'a créée exclusivement la volonté des deux conjoints ou d'un seul d'entre eux. Dans notre législation actuelle, le divorce suppose, pour sa réalisation elle-même, l'intervention d'une tierce personne, le juge, qui a un pouvoir d'appréciation. Sous le régime du décret de 1792, le divorce est l'œuvre des deux époux ou d'un époux, la puissance publique n'intervenant que pour constater et enregistrer le résultat. Jamais la liberté individuelle n'avait été aussi farouchement défendue.

L'officier de l'état civil prononcera le divorce suivant les règles ci-après : si le divorce est demandé conjointement par les deux époux, ceux-ci, accompagnés de quatre témoins majeurs, se présenteront à la mairie devant l'officier public, aux jour et heure par lui indiqués. Celui-ci, après avoir vérifié que la demande des époux est régulière et sur présentation de l'acte constatant le défaut de conciliation, prononcera le divorce.

Si le divorce est demandé par un seul des époux, l'époux demandeur notifiera à l'époux défendeur sa décision de demander la dissolution du mariage. Cette notification contiendra sommation de se trouver à la maison commune, devant l'officier de l'état civil, dans un délai qui ne pourra être moindre de trois jours et augmenté, en raison des distances, un jour par dix lieues.

Au jour fixé, le demandeur se présente devant l'officier public et celui-ci, après vérification de la procédure et après constatation de sa régularité, prononce le divorce, tant en présence qu'en l'absence du défendeur régulièrement cité.

Voilà, succinctement examinée, l'œuvre accomplie par le législateur de 1792 dans le domaine du divorce.

S'il nous est permis d'apprécier la portée et la valeur du décret du 20 septembre 1792, nous dirons ceci :

Sur le terrain des principes, l'œuvre peut se défendre. Sans doute, en rétablissant le divorce par consentement mutuel et l'antique *repudium*, les nouvelles dispositions ouvrirent la porte à tous les abus et le mariage perdit toute stabilité; l'intérêt social est compromis par la liberté ainsi laissée aux époux. Et cependant les auteurs du décret ne méritent pas complètement les critiques qui leur ont été adressées. D'une part, nous l'avons vu, dans leur logique implacable, ils ont conçu le divorce comme une conséquence directe du principe de la liberté individuelle; d'autre part, ils furent de bonne foi. Ces farouches révolutionnaires qui, à certains égards, ont eu un sentiment très vif des réalités, étaient, à d'autres points de vue, des idéalistes. Et parfois ils ne s'aperçurent pas que leur idéal n'était qu'une chimère; voulant créer une société nouvelle, ils ont cru qu'ils pouvaient faire table rase du passé et reconstruire un monde nouveau avec des hommes purifiés dans la tourmente et rendus meilleurs par la conscience qu'ils allaient vivre dans un monde parfait. Ils pensèrent; de la meilleure foi du monde, que les époux se montreraient dignes de la confiance qu'on mettait en eux en leur permettant de recourir au divorce, que les époux apporteraient d'autant plus de prudence et de circonspection à le demander qu'il était rendu on ne peut plus facile. Le législateur s'en remit à la prudence des époux. Il ne se rendit pas compte que, s'il est possible et parfois facile de créer un monde nouveau dans l'ordre politique, dès qu'on touche le droit et surtout le droit des personnes, il faut compter avec les mœurs, les tendances, les habitudes des individus, et surtout avec leurs

qualités et aussi leurs défauts. On change facilement le régime gouvernemental d'un pays, on a beaucoup moins de prise sur le cœur humain, on n'extirpe pas des habitudes et des sentiments avec autant de rapidité qu'on renverse un gouvernement. L'homme n'évolue dans le sens de la perfection que par des modifications insensibles. Les hommes de 1789, en donnant la liberté aux hommes, étaient convaincus que ceux-ci n'en abuseraient point. L'idée peut être critiquée ; on ne saurait en contester l'élévation.

Au point de vue de la procédure, d'autre part, on peut noter quelques innovations qui ne sont pas sans valeur : l'institution de l'assemblée de famille, l'intervention de l'officier de l'état civil, la transcription sur les registres de l'état civil constituent dans l'histoire du divorce d'intéressants perfectionnements.

La Convention continua l'œuvre inaugurée par le décret du 20 septembre 1792 ; les décrets du 14 nivôse an II et du 4 floréal an II vinrent, sous l'influence des mêmes idées, simplifier la procédure du divorce.

Décret du 14 nivôse an II

Les époux, en ce temps-là, désireux de divorcer, ne devaient pas être satisfaits des règles pourtant si libérales posées par le décret du 20 septembre 1792. Il est permis de le croire, si l'on considère que la Convention fut amenée à édicter les nouvelles dispositions du décret de nivôse an II après avoir pris connaissance et discuté le rapport de son Comité de législation sur une pétition de la citoyenne Lefebvre. Les idées se développaient très vite au cours de la Révolution, et telle loi qui, hier encore,

était considérée comme une mesure d'avant-garde, apparaissait, quelques mois après sa mise en application, comme une disposition désuète, rétrograde et bonne à ranger dans le grenier des lois usées et disqualifiées. Le législateur se trouvait dans l'obligation de trouver du nouveau pour donner satisfaction aux désirs et aux vœux de l'opinion publique, exprimés parfois sous une forme quelque peu impérative.

Le décret du 20 septembre 1792 avait confié aux tribunaux de famille le soin de régler les contestations entre les époux divorcés, en ce qui concerne le paiement de la pension qui pouvait être due par l'un des époux à l'autre. Le décret de nivôse an II étend la compétence de ces tribunaux aux contestations relatives au règlement des droits des époux dans la communauté et de leurs droits matrimoniaux emportant gain de survie. Et après avoir fait une brève et énergique allusion aux critiques que vaut aux tribunaux de famille la lenteur qu'ils apportent à résoudre les différends qu'ils ont à juger, le décret leur impose l'obligation d'en finir avec toutes ces difficultés dans le mois qui suivra leur formation.

D'autre part, le décret facilite au mari divorcé un nouveau mariage : il pourra se remarier immédiatement après le divorce. Quant à la femme, un délai de dix mois lui est toujours imposé ; une faveur lui est cependant consentie dans l'hypothèse où le mari a abandonné depuis plus de dix mois sa femme et son domicile. La femme peut alors se remarier immédiatement après le divorce.

Décret du 9 floréal an II

Ce décret envisage et réglemente le divorce résultant d'une séparation de fait.

En examinant la procédure du divorce pour causes déterminées fixées par le décret du 20 septembre 1792, nous avons vu qu'au cas d'absence sans nouvelles pendant cinq ans, l'époux de l'absent pouvait demander le divorce et qu'il était en droit de se pourvoir directement devant l'officier de l'état civil qui statuait au vu d'un acte de notoriété constatant l'absence, aucun délai d'épreuve n'étant exigé.

Le décret de floréal an II étend cette procédure au cas de séparation de fait se prolongeant pendant plus de six mois, constatée par un acte de notoriété. Cet acte de notoriété sera dressé « par le Conseil général de la commune ou par les Comités civils des sections, sur l'attestation de six citoyens ». Le décret impose toutefois au demandeur l'obligation de faire citer le défendeur, et cette citation sera délivrée à la personne ou au dernier domicile commun, chez l'agent national, qui sera tenu de l'afficher pendant une décade à la porte de la maison commune. C'est le principe de notre actuelle signification en mairie.

L'obligation de citer le défendeur cesse si la séparation des époux résulte de l'abandon du domicile par l'un des époux, sans nouvelles pendant six mois au moins. L'époux abandonné pourra se pourvoir auprès de l'officier de l'état civil qui prononcera le divorce sur le vu d'un acte authentique ou de notoriété constatant l'abandon.

Le décret prévoit que les femmes de fonctionnaires ou de soldats de la République ne pourront demander le divorce, pendant l'absence du mari, que devant l'officier public de leur dernier domicile commun ou par-devant celui de la résidence actuelle de leur mari.

Une disposition bienveillante est édictée en faveur de

la femme divorcée. Celle-ci pourra se remarier dès qu'un acte de notoriété prouvera qu'elle est séparée de fait de son mari depuis plus de dix mois. Le texte précise d'ailleurs que la femme qui accouchera après le divorce est dispensée d'attendre ce délai.

Enfin, complétant les décrets qui précèdent, un décret du 24 vendémiaire an III dispense l'époux demandeur de citer le défendeur toutes les fois qu'il établira, soit par acte authentique, soit par un acte de notoriété, que son conjoint est émigré ou réside à l'étranger ou dans les colonies.

Les résultats de ces nouvelles dispositions législatives ne se firent pas longtemps attendre. Les divorces, surtout à Paris, se multiplièrent de façon effrayante; ce fut une véritable épidémie. De nombreux époux se pénétrèrent facilement de cette idée que c'est un devoir de faire ce que la loi permet. Ils obéirent à leurs passions, à leurs ressentiments, à leur fantaisie, détruisant leur foyer, ruinant l'avenir de leurs enfants; certains durent divorcer par pure curiosité.

Malgré l'énergique esprit de suite qu'ils apportaient dans l'exécution de tous leurs projets, les hommes de la Révolution durent reculer devant le flot d'immoralité qu'apportaient les lois nouvelles. Le décret du 16 thermidor an III rapporta les deux décrets du 8 nivôse et du 4 floréal an II, et confia au Comité de législation le soin de préparer un projet de revision. Le flot montant des divorces ne s'arrêta pas et l'on vit leur nombre dépasser celui des mariages. La crise du mariage fut rendue plus aiguë d'ailleurs par l'abaissement de la moralité publique. C'est un phénomène curieux à observer que toutes

les grandes secousses sociales sont suivies d'une pareille dépression dans le niveau des mœurs.

Certains finirent par s'émouvoir. Nous trouvons la preuve de cet émoi dans l'analyse des travaux parlementaires rapportés par les périodiques de l'époque. C'est surtout au Conseil des Cinq-Cents que des hommes politiques se dressèrent contre les lois destructrices de la famille ; ils eurent d'ailleurs quelque courage à le faire. A la séance du 24 brumaire an v, un membre du Conseil, Reynaud de l'Orne, monta à la tribune et, en termes ardents, s'éleva contre le divorce. Il ne songea pas, bien entendu, à en demander la suppression, le moment ne se prêtait pas à une mesure aussi radicale. L'orateur dénonça seulement les abus et les dangers sociaux qui étaient la conséquence du divorce par volonté unilatérale fondé sur la simple incompatibilité d'humeur. « Je ne viens pas déclamer contre le divorce, dit Reynaud, je le crois utile en général ; mais parmi les différents motifs qui peuvent y donner lieu, il en est un dont on abuse chaque jour davantage et sur le danger duquel il est temps enfin de fixer votre attention : je veux parler ici de l'incompatibilité d'humeur. » C'était demander la suppression du divorce par volonté unilatérale des époux. Les conséquences devaient lui en paraître extrêmement graves, car Reynaud continue en ces termes : « Eh, dites-moi, qu'y a-t-il de plus immoral que de permettre à l'homme de changer de femme comme d'habit, et à la femme de changer de mari comme de chapeau ? N'est-ce pas porter atteinte à la dignité du mariage ? N'est-ce pas en faire le jouet du caprice et de la légèreté ? N'est-ce pas en quelque sorte l'anéantir et le changer en un concubinage successif?... Je demande donc sinon qu'on le sup-

prime, du moins qu'on suspende provisoirement l'effet des demandes en incompatibilité d'humeur¹. »

Quelques jours après la motion de Reynaud de l'Orne au Conseil des Cinq-Cents, on s'occupe du divorce à la séance de la même assemblée, tenue le 27 brumaire an v. Cette fois, le débat fut plus animé et plusieurs orateurs prirent la parole.

Il s'agissait d'une résolution sollicitée par une citoyenne contre laquelle le divorce pour cause d'incompatibilité était demandé par son mari, tendant à voir suspendre les demandes fondées sur cette cause, en attendant la rédaction du Code civil. Les femmes elles-mêmes qui, plus tard, devaient être les champions les plus ardents de la théorie de l'extension des causes du divorce, commençaient à sentir les dangers du divorce résultant de la volonté unilatérale d'un seul des époux.

Les paroles prononcées au cours de la discussion méritent d'être rapportées *in extenso* :

VILERS. — « Je demande que l'on prononce sur-le-champ la suspension demandée ; rien n'est plus contraire à la morale et à l'intérêt de la société que les demandes en divorce fondées sur l'incompatibilité d'humeur ; il est du devoir du législateur de faire cesser promptement un scandale vraiment alarmant pour les citoyens. »

Philippe DELVILE, appuyant cette proposition : « Il faut faire cesser le marché de chair humaine que les abus du divorce ont introduit dans la société. »

1. *Moniteur universel*, 27 brumaire an v, 17 novembre 1795.

CAMBACÉRÈS. — « Rien n'est plus mauvais en législation que de prononcer des suspensions qui laissent les citoyens intéressés dans une attitude vraiment cruelle. Lorsqu'une loi est mauvaise, il faut la rapporter et non pas en suspendre l'exécution. La question du divorce est essentiellement liée au Code civil ; incessamment, vous devez vous occuper de ce Code. Je demande donc l'ordre du jour sur toutes les propositions qui ont été faites et le divorce à la discussion du Code civil. »

Cette proposition fut adoptée¹.

Comme on le voit, les observations sur le divorce ne soulevèrent aucune opposition, et si Cambacérès prit la parole, ce fut non pas pour exprimer une opinion contraire, mais seulement pour discuter sur les méthodes parlementaires.

Le mouvement de réaction était déclenché. Une loi du premier jour complémentaire de l'an v vint subordonner les demandes formées sur l'incompatibilité d'humeur à de nouvelles conditions : l'officier public ne pourra, dans ce cas, prononcer le divorce que trois mois après la date du dernier des trois actes de non-conciliation prévus par le décret du 20 septembre 1792.

Néanmoins, il faut arriver au Code civil pour voir promulguer une refonte complète de la théorie du divorce. De nouvelles dispositions ne pouvaient être édictées qu'après qu'un certain apaisement se fût fait dans les esprits. Les révolutions ne se prêtent guère à l'élaboration de lois d'ensemble et mûrement étudiées, non pas

1. *Moniteur universel*, 30 brumaire an v, dimanche 20 novembre 1795.

que la machine à faire les lois s'arrête pendant les tourmentes qui secouent les sociétés (jamais on ne fait tant de lois que pendant les révolutions), mais ce sont des lois d'expédients, faites pour un an, un mois, quelques jours et qui, tôt ou tard, tomberont dans le tombeau de l'oubli. C'est seulement lorsque le calme est revenu que les idées issues d'une révolution prennent leurs contours définitifs et que les lois qui les sanctionnent peuvent être mises au point.

CHAPITRE II

Le divorce dans le Code civil de 1804

Ainsi que nous l'avons vu, le législateur se proposait, pour réglementer définitivement la matière du divorce, d'attendre la rédaction du Code civil. Cette réglementation fut l'objet de la loi du 10 germinal an xi, qui forme le titre VI au Code.

Cette loi, comme toutes les lois qui composent le Code civil, fut l'œuvre du pouvoir législatif issu de la Constitution du 22 frimaire an viii (13 décembre 1799), qui était partagé entre les assemblées : le Conseil d'Etat, le Tribunat, le Corps législatif, le Sénat conservateur. L'élaboration des lois était une œuvre compliquée : divergences d'idées, conflits d'opinions, rancunes politiques entre diverses assemblées où régnaient des tendances diverses et parfois hostiles, furent des obstacles qui menacèrent plusieurs fois de faire échouer l'œuvre entreprise. Heureusement, un homme était là pour tirer le char des ornières où il risquait à tout instant de s'enliser et pour le remettre au milieu de la route ; le premier consul veillait, son énergie, sa volonté vinrent à bout de tous les obstacles et menèrent le projet du Code civil jusqu'à sa réalisation.

Un simple mot pour rappeler la procédure suivie pour la rédaction.

Le Conseil d'Etat préparait le projet qui était étudié

par sa section de législation et le soumettait au premier consul. Celui-ci pouvait repousser le projet ou le proposer au Corps législatif.

Le projet était ensuite communiqué au Tribunat qui étudiait le projet et qui, n'ayant pas le droit de voter, se bornait à émettre un avis.

Le texte était alors proposé au Corps législatif qui votait les lois, mais sans avoir le droit de les amender.

Le Sénat conservateur intervenait seulement pour veiller à ce que le titre voté par le Corps législatif ne violât aucun principe constitutionnel.

Cette procédure complexe avait du moins un avantage : les lois étaient mûrement étudiées ; on eut d'ailleurs l'excellente idée de demander l'avis des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet d'ensemble. Pourquoi cette consultation est-elle supprimée aujourd'hui ? On gagnerait au maintien de cette pratique des lois mieux faites, et il apparaît tout naturel de demander leur avis sur un projet de loi à ceux qui seront chargés d'appliquer la loi issue de ce projet.

Il est à remarquer tout d'abord que le Code civil de 1804 conserve le divorce, mais rétablit la séparation de corps supprimée par le décret du 20 septembre 1792.

Quelle fut exactement la pensée qui guida les rédacteurs du Code civil dans la matière du divorce ?

Le législateur de 1792 avait envisagé le divorce comme conséquence du principe de liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte. Il avait été avoué par ce principe ; l'intérêt social qui exige la stabilité de la famille n'avait pas apparu aux auteurs du décret du 20 septembre 1792 : l'individu était seul digne de son

attention et on ne saurait obliger cet individu à s'engager dans des vœux perpétuels, que ce soit pour embrasser la vie monastique ou au contraire la carrière conjugale.

Ce point de vue n'est pas celui des rédacteurs du Code. L'esprit de transaction, qui est un des caractères essentiels du Code civil, apparaît nettement dans les chapitres qui se réfèrent au divorce. Sans doute il ne sera pas question de le supprimer ; on n'oserait même pas agiter cette question. Les nouveaux principes ont marqué d'une empreinte ineffaçable les cerveaux et les cœurs : l'indépendance du pouvoir civil, le respect de toutes les croyances, la liberté des consciences ne permettaient pas, en 1804, de restaurer purement et simplement le passé ; la force de l'habitude s'y opposait également. Et cependant, si on conserve le divorce, quel changement profond dans la conception qu'on s'en fait. Ce n'est plus la superbe assurance des auteurs du décret du 20 septembre 1792. Treilhard, un des conseillers d'Etat qui ont travaillé au Code civil dans la section de législation, un de ceux dans les écrits desquels se reflète le mieux l'esprit qui a dominé la rédaction du Code, s'exprime en des termes qui donnent exactement la mesure de la modération des rédacteurs. Après avoir exposé les deux théories édifiées sur la notion du divorcé : celle qui le considère comme la perte des nations, celle qui voit en lui la panacée universelle, le remède à toutes les misères de l'humanité, Treilhard donne ce conseil : « Ecarter avant tout et avec le même soin les déclarations que se sont permises des esprits exaltés dans l'un et l'autre parti ; la vérité et la sagesse se trouvent rarement dans les extrêmes¹. » Elle

1. Treilhard, *Exposé des Motifs, Procès-verbal du 19 ventôse an II*. (Fenet, t. IX, p. 471.)

est également de Treilhard cette formule qui a souvent servi de définition au divorce : « Le divorce n'est pas un bien ; c'est le remède d'un mal ¹. »

Voilà donc bien l'impression première qui se dégage : esprit de transaction, d'apaisement, de conciliation, admiration très tempérée pour cette institution du divorce qui, moins de vingt ans auparavant, apparaissait aux yeux des Français de l'époque comme un des fondements du monde nouveau rayonnant d'un bonheur sans mélange.

Quelle est donc l'opinion véritable des rédacteurs du Code civil ?

Un point est tout d'abord acquis confirmant notre première impression. La Commission de rédaction répudie le divorce, conséquence du principe de la liberté. Les témoignages sont formels à cet égard.

Portalès déclare que « ce n'est pas la liberté constitutionnelle qui en est la base, car elle ne donne pas de droits arbitraires ; elle n'existe, au contraire, que lorsque l'usage de la liberté individuelle est soumis à des règles qui l'empêchent de troubler l'ordre public ; et voilà pourquoi la loi permet et défend ² ».

Donc, pour Portalès, la liberté constitutionnelle n'existe que lorsqu'il y a des règles qui viennent limiter l'usage de la liberté individuelle dans l'intérêt de l'ordre public ; la liberté constitutionnelle n'existe pas *in abstracto* et, dès lors, n'est pas par elle-même génératrice de droits ;

1. Treilhard, *Exposé des Motifs. Procès-verbal du 19 ventôse an II*. (Fenet, t. IX, p. 472.)

2. Portalès, *Procès-verbal du 14 vendémiaire an X*. (Fenet, t. IX, p. 251.)

elle est seulement une sauvegarde et une garantie pour l'individu, lorsque sa liberté doit se plier à des limitations et à des règles dans l'intérêt général. En conséquence, s'il n'y avait pas d'ordre public à sauvegarder, la liberté individuelle n'aurait pas à être subjuguée dans certains cas et l'individu pourrait user du divorce comme bon lui semble. Mais, en fait, il y a une société à défendre ; la liberté individuelle doit s'incliner parfois devant l'intérêt général, et c'est alors que la liberté constitutionnelle intervient comme sauvegarde de l'individu. En d'autres termes, il n'y a de liberté constitutionnelle qu'autant qu'il y a limitation de la liberté individuelle en faveur de la collectivité ; celle-là est la conséquence de celle-ci ; la liberté constitutionnelle est une protection spontanée de la liberté individuelle lorsque cette dernière se trouve en contact avec des prohibitions et des défenses prises dans l'intérêt de la collectivité. La Constitution ne dit pas à l'individu : « Je vous donne le droit de faire ce que bon vous semble », mais bien : « Si votre liberté personnelle se heurte à des mesures dictées par les besoins de la société, j'interviendrai en votre faveur pour que celle-ci n'outrepasse pas ses droits ; je ne vous donne pas la liberté, mais je veille à ce que la vôtre ne soit pas sacrifiée. »

On voit l'importance de cette idée : la Constitution respecte l'intérêt général de la société. Dès lors, en matière de divorce, le législateur ne se reconnaîtra pas le droit de sacrifier les droits de celle-ci à la liberté absolue de l'individu. Ce sera une transaction entre les intérêts rivaux qu'il devra entreprendre.

Malleville, dans son *Analyse raisonnée du Code civil*, se rencontre également avec Portalis : « Sur la première question, on convint que le préambule de la loi du 20 sep-

tembre avait donné une très mauvaise raison pour faire admettre le divorce, savoir la liberté constitutionnelle du citoyen ¹. »

Une première conclusion se dégage de ces textes et de l'état d'esprit qu'ils révèlent : les rédacteurs du Code civil rompent délibérément sur ce point avec la tradition révolutionnaire. Ils conservent le divorce, mais ils répudient le principe fondamental admis jusqu'à ce jour.

Il est d'ailleurs à remarquer que, seuls, les rédacteurs du Code de 1804 rompirent avec la notion du divorce fondée sur l'idée de liberté individuelle. Il s'agit, pour préciser les idées, du projet de Code civil préparé et rédigé, sous le régime de la Constitution du 22 frimaire an viii, par une Commission composée de quatre membres : MM. Tronchet, président du tribunal de cassation; Bigot de Préameneu, commissaire du gouvernement près ce tribunal; Portalis, commissaire au Conseil des prises; Malleville, membre du tribunal de cassation. Cette Commission fut instituée par le décret du 24 thermidor an viii (13 août 1800). C'est ce projet, communément appelé projet de l'an viii, qui deviendra le Code civil de 1804.

Mais avant ce projet de l'an viii, il y avait eu plusieurs projets de Code civil qui n'aboutirent pas, mais qui montrent bien l'intérêt que la Révolution attachait à la réalisation, dans le domaine du droit civil, d'une œuvre d'ensemble composée de règles s'appliquant à tout le territoire de la République, conséquence de cette idée que la République est « une et indivisible ». La Révolution

1. Malleville, *Analyse raisonnée du Code civil au Conseil d'Etat*, t. 1^{er}, p. 211.

s'est toujours attachée à cette œuvre, même aux jours les plus sombres, alors qu'elle devait opposer toutes ses forces au péril extérieur.

Dans ces divers projets, les rédacteurs restèrent fidèles au principe de liberté qui avait servi de fondement au décret du 20 septembre 1792.

Un premier projet fut présenté par Cambacérès, à la Convention, dans la séance du 9 août 1793; il devait échouer devant l'opposition de l'assemblée, qui le trouvait inspiré par un esprit trop juridique à son gré et eût préféré une œuvre à tendances plus philosophiques. Cambacérès, dans le discours qu'il prononça le 9 août 1793, ne manqua pas de rappeler que le mariage est un contrat qui tire sa vie de la volonté des époux et que la volonté de ces époux peut l'anéantir : « Le pacte matrimonial doit son origine au droit naturel; il a été perfectionné et fortifié par les institutions sociales. La volonté des époux en fait la substance; le changement de cette volonté en opère la dissolution : de là le principe du divorce...¹ »

Devant l'insuccès de ce premier travail, Cambacérès rédigea un deuxième projet de Code et le présenta à la Convention le 23 fructidor an II (9 septembre 1794). Il exprime sur le divorce les mêmes idées que celles contenues dans le premier projet : « Ce que la volonté a fait, la volonté peut le changer. La volonté des époux fait la substance du mariage. Le changement de cette volonté en opère la dissolution. De là le principe du divorce... Le divorce est fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice. Le droit de liberté personnelle est le droit de disposer de soi. Il est juste qu'une union, formée pour le

1. *Rapport fait à la Convention nationale par Cambacérès sur le premier projet de Code civil.* (Fenet, t. I^{er}, p. 4.)

bonheur de deux individus, cesse dès que ces deux individus ou que l'un d'eux n'y trouve plus le bonheur qu'on y a cherché. Qui pourrait exiger du cœur de l'homme qu'il reste attaché là où il ne se sent pas heureux ¹ ? »

Enfin, sous le Directoire (messidor an iv), Cambacérès présente un troisième projet au Conseil des Cinq-Cents. Il reste toujours fidèle à sa notion du divorce : « L'indissolubilité n'est point une loi de la nature... Le divorce est donc, en soi, une institution sage; il est fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice, sur le droit, de liberté personnelle ². »

Et prenant la défense du divorce par la volonté unilatérale, conséquence de ce principe, Cambacérès ajoute : « Puisque c'est anéantir la foi conjugale que de substituer la contrainte à la volonté, puisque le divorce est fondé sur la liberté inaliénable des époux, il faut que l'un d'eux ait le droit de le demander contre la volonté de l'autre, sans l'assujettir à particulariser des faits dont la preuve est souvent impossible et sans l'exposer à des révélations dont la pudeur serait alarmée. Le divorce aura donc lieu par le consentement mutuel des époux et sur la demande de l'un d'eux, soit que l'incompatibilité d'humeur ou de caractère en soit le motif, soit que l'on se fonde sur des causes déterminées ou sur des faits spécifiés par la loi ³. »

Ainsi, Cambacérès ne tenait aucun compte du mouvement de réaction qui s'ébauchait à l'époque où parut son

1. *Rapport fait à la Convention nationale par Cambacérès sur le premier projet de Code civil.* (Fenet, t. I^{er}, p. 104.)

2. *Discours préliminaire prononcé par Cambacérès lors de la troisième présentation du projet de Code civil.* (Fenet, t. I^{er}, p. 158.)

3. Même texte.

projet et qui est attesté par le décret du 16 thermidor an iii, rapportant les décrets du 8 nivôse et du 4 floréal an ii, qui avaient simplifié la procédure du divorce organisée par le décret du 20 septembre 1792. Ce troisième projet échoua.

Il convient enfin de rappeler le projet de Jacqueminot, qui fut présenté à la Commission législative du Conseil des Cinq-Cents, le 30 frimaire an viii, et dont l'auteur n'eut pas plus de succès que son devancier. On peut noter dans ce projet une réaction très vive contre les abus du divorce : « C'est elle (la réforme du Code civil), dit Jacqueminot, qui mettra un terme au scandale de ces divorces continuels qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué, à ces divorces qui, nécessaires quelquefois, sont toujours un mal et qui doivent par conséquent être assujettis à de lentes et nombreuses épreuves, précautions indispensables contre les conseils de l'humeur, de la légèreté, de la licence et des aveugles passions ¹. »

Ce projet de Jacqueminot sombra, comme les précédents, dans l'oubli des archives parlementaires et ne fit l'objet d'aucune discussion.

Au contraire, les rédacteurs du Code civil de 1804 ont délibérément abandonné la notion du divorce, conséquence de la liberté individuelle. Comment, dès lors, conçoivent-ils le divorce ? Est-ce la sanction des torts inférés à un des époux par son conjoint ? Est-ce le remède à une situation sans issue découlant de l'impossibilité effective d'une vie commune ? Les rédacteurs du Code ont-ils eu une autre conception insoupçonnée ?

1. *Projet de Code civil de Jacqueminot.* (Fenet, t. Ier, p. 331.)

La question a son importance, car notre législation actuelle est, dans son essence, issue tout entière du Code primitif, la loi de 1884 rétablissant le divorce et les lois postérieures n'ayant pas modifié les principes de 1804, sauf le maintien de la suppression du divorce par consentement mutuel. C'est donc l'origine du divorce tel qu'il est pratiqué actuellement dans la loi française que nous allons étudier, en examinant le projet de l'an VIII. Cette question est, de plus, en rapport direct avec l'objet même de cette étude, puisqu'on ne peut se livrer à un examen critique de la procédure actuelle du divorce qu'en se préoccupant en même temps de la notion du divorce considéré en lui-même.

A titre documentaire, rappelons que la discussion au Conseil d'Etat du titre VI du Code, formant le titre du divorce, commença le 14 vendémiaire an x (6 octobre 1801). Le Corps législatif vota la loi, qui fut promulguée le 10 germinal an xi (31 mars 1803). Cette loi fut groupée avec toutes les autres préparées et votées dans les mêmes conditions par la loi du 30 ventôse an xii (21 mars 1804), sous le titre de « Code civil des Français ».

Et, tout d'abord, comment les rédacteurs du Code civil considèrent-ils le mariage ? Portalis, qu'il convient de consulter à cet égard, en a donné une très belle définition : « C'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée. » (*Présentation au Corps législatif*, Fenet, tome IX, page 140.)

Ce mariage ainsi défini, Portalis le considère comme un contrat perpétuel par sa destination. (*Discours préli-*

minaire sur le projet de la Commission, Fènet, tome I^{er}, page 483.) Ainsi donc, ce n'est plus la notion un peu simpliste des légistes de la première partie de la Révolution, qui voyaient dans le mariage un contrat pur et simple : un homme et une femme s'associent pour être heureux, si possible, et si l'objet de l'association ne paraît point réalisé à chacun d'eux, ils pourront briser le contrat. Le Code civil, vu dans les travaux préparatoires, pose en principe que le mariage est un contrat, mais un contrat d'une nature spéciale qui est perpétuel par sa destination et que la nature veut perpétuel. Et Portalis, en un langage à la fois élevé et précis, a démontré les raisons qui exigent qu'il en soit ainsi : l'intelligence humaine qui vient purifier et ennoblir l'attrait des sexes, les égards et les obligations qui naissent de l'union ainsi formée, l'éducation des enfants, « et les soins si nécessaires de la jeune famille dans laquelle on se voit renaître et qui semble nous arrêter sur les bords du tombeau », (Portalis, *Discours préliminaire*.) L'existence de ces obligations réciproques entre époux, et solidaires à la charge des époux au profit des enfants, justifie l'intervention du législateur pour régler la formation du contrat générateur de ces obligations et pour imposer des règles qui fixeront le gouvernement de la famille. D'autre part, la liberté des cultes a été proclamée par la Révolution : la législation du mariage a pu être sécularisée et rendue applicable aux citoyens, indépendamment de la religion à laquelle ils appartiennent.

Telles sont les idées de Portalis sur le mariage. Elles sont d'ailleurs celles des autres membres du Tribunal. Ainsi, le tribun Gillet, dans son rapport au Tribunal, pour lui communiquer le projet de la section de législa-

tion du mariage, dit : « Ce n'est donc pas sans motifs que, chez les peuples civilisés, le mariage est considéré comme une institution solennelle. On aurait, en effet, une idée bien peu exacte de son importance et de sa dignité si l'on ne voulait y voir qu'un pacte naturel ou une convention civile; il est encore plus que tout cela : un engagement social et comme un traité public dont les époux sont à la fois les parties et les ministres. Il est vrai qu'ils y stipulent pour eux-mêmes, mais ils y stipulent aussi pour la patrie qui attend d'eux de nouveaux supports, pour leur famille à qui ils vont ajouter une succession d'autres familles, pour la postérité dont le bonheur dépend des générations qui la précèdent ¹. »

Sans doute, Gillet ne prononce pas, en termes formels, l'expression d'engagement perpétuel, mais, pour lui, le caractère perpétuel de l'union conjugale est une conséquence directe de l'importance sociale du mariage.

La pensée des rédacteurs du Code civil sur le mariage est ainsi dégagée : c'est un contrat exclusivement civil, mais d'une nature spéciale et perpétuel, en raison de son intérêt pour la société.

Quelle est maintenant la conception que les rédacteurs du Code se font du divorce ?

Portalis, lors de la discussion du titre VI du projet de l'an VIII au Conseil d'Etat, nous indique les raisons sur lesquelles se sont appuyés les rédacteurs pour maintenir le divorce : « Le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, dit Portalis, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce; il en

1. *Rapport fait par le tribun Gillet. Communication officielle au Tribunal.* (Fenet, t. IX, p. 183.)

est qui le prohibent. La loi doit donc le permettre afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user. Ainsi, le système du divorce doit être conservé dans la législation civile¹. »

Ce n'était d'ailleurs là qu'une nouvelle expression d'une idée qu'il avait déjà exposée dans son discours préliminaire sur le projet de la Commission : « Aujourd'hui, la liberté des cultes, dit Portalis, est une loi fondamentale, et la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce : la faculté du divorce se trouve donc liée parmi nous à la liberté de conscience². »

Treilhard, dans son exposé des motifs, lors de la présentation du projet au Corps législatif, souligna cette même idée et s'exprima en ces termes : « La question du divorce doit donc être discutée, abstraction faite de toute idée religieuse, et elle doit cependant être décidée de manière à ne gêner aucune conscience, à n'enchaîner aucune liberté; il serait injuste de forcer le citoyen dont la croyance repousse le divorce à user de ce remède; il ne le serait pas moins d'en refuser l'usage quand il serait compatible avec la croyance de l'esprit qui le sollicite³. »

Ainsi donc, le divorce serait la conséquence de la liberté de conscience, principe proclamé par la Révolution. Au premier abord, cette conception paraît logique. Tant que les lois concernant le mariage ont été l'expression des principes chrétiens, le mariage est resté indisso-

1. *Procès-verbal de la séance du 14 vendémiaire an X.* (Fenet, t. IX, p. 248.)

2. *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement.* (Fenet, t. I^{er}, p. 491.)

3. *Séance du 19 ventôse an XI.* (Fenet, t. IX, p. 468?)

luble d'une façon absolue. Du jour que régna la liberté religieuse, les époux qui le désiraient purent recourir au divorce.

Cette théorie du divorce, conséquence de la liberté de conscience, ne nous paraît pas vouloir résister à une critique serrée : elle est ingénieuse, mais superficielle.

Sans doute, pour légiférer en matière de divorce, le législateur n'a plus besoin de tenir compte des principes de la loi religieuse; la puissance publique pourra faire table rase des théories chrétiennes proclamant l'indissolubilité du mariage; et, jusqu'ici, le raisonnement de Portalis est exact. Mais il est insuffisant pour que ses conclusions puissent servir de fondement au divorce; il laisse en dehors la notion même de celui-ci. Donc, le point de vue religieux mis de côté, quel est le principe sur lequel repose le divorce? L'exposé de Portalis ne nous le dit pas et il laisse en question le fond même du droit; il ne détermine pas l'idée qui domine le divorce au seul point de vue de la loi civile. Si l'on suivait le système de l'auteur, on en arriverait à déduire que tout ce qui n'est pas défendu par la loi de l'Eglise est permis, ce qui serait une conclusion absurde. La loi civile doit définir, dans son propre intérêt, la notion même du divorce avant d'en tracer dans un Code les conditions d'admissibilité, les règles d'application et de procédure, et cette définition précise, les rédacteurs du Code civil ne nous la donnent pas. Ils nous disent bien qu'ils ne se préoccupent pas de la loi chrétienne et qu'en conséquence ils admettent le divorce; il n'y a en réalité aucune relation de cause à effet entre la liberté de conscience et l'admissibilité du divorce; nous pouvons envisager une société qui proclame son indifférence vis-à-vis de la religion et qui,

en même temps, n'autorise pas le divorce. Pour nous résumer, nous dirons que l'existence du divorce n'est pas une conséquence directe et nécessaire de l'indifférence de la loi civile à l'égard de la religion.

La fragilité du raisonnement de Portalis fut d'ailleurs relevée par ses contemporains et même par les rédacteurs du Code civil. Malleville, dans son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, en étudiant le titre du divorce, s'exprime ainsi : « Sur la première question (faut-il admettre le divorce ?), on convint que le préambule de la loi du 20 septembre, avait donné une très mauvaise raison pour faire admettre le divorce : savoir la liberté constitutionnelle du citoyen; mais on dit que le divorce devait être permis parce qu'il est des cultes qui l'autorisent et qu'il faut bien que la loi le permette aussi, afin que chacun puisse user de la liberté que sa croyance lui donne. » Cette raison, remarque Malleville, est plus spécieuse que celle de la loi de 1792, mais je ne la crois pas exactement juste : « Si le divorce est nuisible, la loi civile peut très bien le prohiber, quoique certains cultes le permettent. M. Portalis a très bien prouvé, dans la première partie de son discours au Conseil d'Etat, que la loi civile n'est pas obligée de se prêter à tous les préceptes de la discipline religieuse... » Cette appréciation de Malleville est on ne peut plus fondée.

Ceci dit, nous avons donc le droit d'affirmer que l'explication donnée par Portalis, à savoir que le divorce est une conséquence de la liberté des cultes, n'est pas exacte. D'autre part, il est inadmissible que les auteurs du Code civil n'aient pas eu leurs idées personnelles sur le divorce; on ne maintient pas l'institution du divorce

dans un Code civil et on ne rédige pas tout un titre de ce Code pour en régler l'application sans s'être fait au préalable une opinion et sans prendre pour guide un principe déterminé. Quel est ce principe ?

Une première constatation s'impose : ni dans le texte du Code civil, ni dans les travaux préparatoires, on ne relève un principe clair et concis dont les règles suivantes ne sont que le développement logique. Le Code civil énonce dans le chapitre premier du titre VI les causes du divorce, sans les faire précéder d'une définition qui pourrait refléter la pensée du législateur, et après cet énoncé, le Code entre immédiatement dans l'exposé des formes du divorce. Par conséquent, dans le texte même, aucune indication qui soit de nature à nous éclairer sur l'idée que les rédacteurs se faisaient du divorce.

Dans les travaux préparatoires, un seul point se dégage nettement : le divorce admis comme conséquence de la liberté des croyances, et nous avons vu que cela ne pouvait être la conception des rédacteurs, puisque au regard exclusif de la loi civile il leur était nécessaire de partir d'une idée servant de fondement au divorce.

Le discours préliminaire sur le projet de la Commission, prononcé par Portalis lors de la présentation du projet, pourrait nous fournir des éclaircissements précieux. Ce discours, qui contient l'énoncé des principes et des vérités auxquels ont obéi les rédacteurs du Code, paraît devoir renfermer l'exposé de la notion fondamentale du divorce, et cependant, après avoir insisté sur le caractère de perpétuité du mariage, après avoir exposé les avantages et les inconvénients du divorce, après avoir rappelé le principe de la liberté de conscience, Portalis coupe court et examine le divorce sur la

simple allégation d'humeur et de caractère, le divorce par consentement mutuel et les causes déterminées; on ne relève aucune indication sur la nature même du divorce. Celui-ci est-il la sanction des torts causés par l'un des époux à l'autre ou, au contraire, le remède à une situation de fait rendant impossible le maintien de la vie commune? Rien de précis. Sans doute, à un passage de son discours, Portalis a dit : « En admettant le divorce..., il suppose (le législateur) que les excès peuvent être assez graves pour rendre à ces époux la vie insupportable »; mais nous ne croyons pas que l'on puisse tirer de cette phrase des conclusions définitives sur le point de savoir si le législateur a envisagé le divorce comme la sanction d'un tort ou, au contraire, comme la sanction légale donnée à l'impossibilité du maintien de la vie commune résultant d'une cause quelconque, même indépendante de la volonté des époux. Tout au plus peut-on dire que Portalis paraît se rapprocher de la première notion.

Dans la discussion au Conseil d'Etat (*Procès-verbal de la séance du 14 vendémiaire an x*, Fenet, tome IX, page 248), Portalis, qui présenta le titre VI, ne se montre pas plus précis; après s'être posé la question de savoir si le divorce doit être admis et avoir répondu qu'il doit l'être comme conséquence de la liberté de conscience, l'orateur examine sans désespérer s'il faut l'admettre seulement pour causes déterminées ou même pour incompatibilité d'humeur. Ici encore, pas de principe nettement formulé; il n'en est pas davantage dans les autres textes des travaux préparatoires.

En l'absence de principes clairement exprimés, nous ne pourrions nous former une opinion qu'en étudiant les

règles d'application édictées par le Code, en partant du connu pour découvrir l'inconnu, en essayant de dégager les principes directeurs de ces applications particulières.

En premier lieu, quelle était l'appréciation des rédacteurs du Code sur le divorce ? Le considéraient-ils comme une institution favorable à la société ou, au contraire, comme un mal ? Devait-on souhaiter son extension ou, au contraire, désirer sinon sa suppression, du moins une réaction contre le développement qu'il avait atteint ?

Les travaux préparatoires nous décèlent, à cet égard, la pensée profonde des rédacteurs du Code. Portalis n'est pas débordant d'enthousiasme. Dans son discours préliminaire sur le projet de l'an viii, au seuil de son exposé sur le divorce, il déclare : « N'oublions pas qu'il ne s'agit pas de savoir si le divorce est bon en soi, mais s'il est convenable que les lois fassent intervenir le pouvoir coactif dans une chose qui est naturellement si libre et à laquelle le cœur doit avoir tant de part. » (Fenet, tome I^{er}, page 490.) D'autre part, dans ses déclarations lors de la discussion au Conseil d'Etat du projet de l'an viii, Portalis a formulé l'observation suivante : « Le besoin de la langue a seul fait admettre cette expression : permettre, autoriser le divorce. A parler exactement, la loi civile ne le permet ni ne l'autorise; elle se borne à en prévenir l'abus. » (*Procès-verbal de la séance du 14 vendémiaire an x*, Fenet, tome IX, page 250.) Si nous rapprochons ces textes de ceux où Portalis a chanté la beauté et la noblesse du mariage, l'intérêt qu'il présente pour l'homme et la société, son caractère de contrat, mais de contrat perpétuel, puisqu'il doit conduire les époux jusqu'au tombeau, nous pouvons conclure que

Portalis ne voit dans le divorce qu'un pis aller et que ses préférences personnelles vont vers l'indissolubilité du mariage.

Tronchet, critiquant dans la même séance le divorce pour causes indéterminées, fait observer que « le mariage est un acte important et est la base de la société. On doit donc l'entourer de tout ce qui peut le faire respecter et chérir. » (Fenet, tome IX, page 268.)

Bigot de Préameneu, toujours dans la même séance (Fenet, tome IX, page 293), « pense qu'en admettant le divorce, il doit être autorisé seulement pour des causes graves, que les causes les moins graves ne doivent donner lieu qu'à une séparation de corps ». L'orateur n'envisage le divorce que comme un moindre mal et insiste sur l'intérêt de la séparation de corps, que le législateur du 20 septembre 1792 avait supprimée.

Le tribun Nisas, qui prit la parole lors de la discussion qui s'ouvrit, le 28 ventôse an xi, devant l'Assemblée générale au Tribunal, examinant le projet, « se proposa de prouver : 1° qu'en général, les lois favorables au divorce sont mal combinées avec la connaissance du cœur humain et le bonheur de l'homme en société; 2° qu'elles sont également mal combinées avec la prospérité et le bon ordre des empires; 3° que tous les peuples qui ont admis le divorce dans leurs lois l'ont flétri dans l'opinion et dans les mœurs; qu'il est donc essentiellement mauvais; 4° qu'en particulier, la loi proposée est en contradiction avec l'esprit et l'existence des lois les plus chères au peuple français; 5° qu'elle est en contradiction avec elle-même et avec le but et les principes avoués de ceux qui la proposent ». (*Opinion du tribun Nisas pour le projet*, Fenet, tome IX, page 510.)

Il résulte de ces déclarations et de ces appréciations que les rédacteurs du Code et ceux qui furent appelés à en discuter les règles dans les Assemblées, ne l'envisagèrent qu'avec défiance. L'intérêt de la société et la stabilité de la famille exigent l'indissolubilité du mariage. C'est là, indiscutablement, le point de vue du législateur de 1804, et son opinion ne saurait d'ailleurs nous étonner. D'une part, les rédacteurs du Code étaient avant tout des juristes et non des philosophes : Tronchet, président du tribunal de cassation; Bigot de Préameneu, commissaire du Gouvernement près le même tribunal; Portalis, commissaire au Conseil des prises; Malleville, membre du tribunal de cassation, étaient des esprits pondérés, rompus à la science du droit et subissant l'influence des doctrines qui prévalaient, en droit privé, avant la Révolution. D'autre part, hommes d'expérience et esprits observateurs, ils avaient pu se rendre compte des effets déplora- bles de la loi du 20 septembre 1792, et notamment de l'augmentation chaque jour plus forte des divorces, dont le nombre fut parfois supérieur à celui des mariages. Enfin, la loi promulguée le 10 germinal an xi se ressent de l'esprit général du Code civil. C'est une œuvre de transaction qui, tout en consacrant les conquêtes de la Révolution, ne fait pas complètement table rase du passé, et tient compte des mœurs et des habitudes de la majorité des Français, mœurs et habitudes que la Révolution n'avait pu transformer d'une façon radicale. Or, c'est un fait que, si les divorces furent nombreux dans les grandes villes et surtout à Paris, dans les départements et surtout dans les campagnes, au contraire, les citoyens ne profitèrent guère de la faculté nouvelle qui leur était donnée par le décret du 20 septembre 1792 : les habitants

n'avaient pas changé leurs habitudes et ne pensèrent même pas à divorcer. C'est d'ailleurs un trait qui n'échappe pas à l'esprit d'observation des rédacteurs du Code, et, dans son discours prononcé à la séance du 14 vendémiaire an x, Portalis, étudiant la cause d'incompatibilité dans ses rapports avec les mœurs de la nation, déclara : « On les a défigurées ces mœurs; on a prétendu que la probité, que la décence ne s'y montrent que par exception. J'aime, je respecte trop ma nation, dit Portalis, pour donner mon assentiment à cette assertion erronée. Les Français sont légers, mais ils ont des vertus : c'est dans les départements, c'est dans les campagnes qu'il faut aller chercher les mœurs françaises. Là, le scandale du divorce a été rejeté avec mépris; là, on n'a point usé du divorce, les tribunaux l'attestent. Voilà le vœu de la nation. » De plus, il faut considérer l'époque où fut rédigé le Code civil : tous les esprits éclairés et, derrière eux, l'immense majorité du pays, se préoccupaient de rétablir la paix et l'harmonie, non seulement dans l'ordre politique, mais encore dans l'ordre social. N'était-ce pas un des moyens de réussir dans cette tâche que de maintenir l'intégrité de la famille française, en écartant d'elle la tentation et le danger du divorce ? Toutes ces considérations entrèrent en ligne de compte dans la rédaction du titre VI du Code. Nous pouvons donc affirmer et conclure que les rédacteurs du Code de 1804 ne furent pas des admirateurs passionnés du divorce.

Pourtant il fut maintenu dans notre droit civil. Quelles sont les raisons qui justifièrent et firent admettre ce maintien ?

Il convient d'abord de remarquer que le projet initial,

celui de l'an viii, n'admettait que des causes de divorce déterminées par la loi. L'incompatibilité d'humeur et le consentement mutuel, qui devaient être retenus comme causes de divorce par le texte définitivement adopté, ne trouvaient pas placé dans ce projet primitif. Et Portalis justifia cette exclusion, dans son discours préliminaire de la Commission, par les considérations suivantes : d'une part, autoriser le divorce basé sur l'incompatibilité d'humeur, c'est donner à chacun des époux le droit de dissoudre le mariage à sa volonté ; or, on ne peut tolérer qu'un seul des contractants puisse anéantir un contrat sans le consentement de la partie avec laquelle il a traité. C'est le moyen de permettre le divorce à tous ceux qui n'ont aucune raison valable pour divorcer. D'autre part, admettre le divorce par consentement mutuel, c'est décider que le mariage est une société et qu'une société ne saurait être éternelle. Or, si le mariage est une société, c'est une société d'une nature toute particulière, tandis que dans une société ordinaire on n'a en vue que des intérêts limités et qu'on ne stipule que pour soi-même ; dans le mariage, c'est la famille qui est l'objet de la société et on stipule non seulement pour soi-même, mais encore pour la société.

L'incompatibilité d'humeur ne devait pas être admise comme cause de divorce. Le consentement mutuel, au cours de la discussion du projet primitif, fut l'objet de nombreux échanges de vues et finit par devenir une cause de divorce, mais ce ne fut pas sans résistances.

Dans la discussion au Conseil d'Etat qui s'ouvrit dans la séance du 14 vendémiaire an x (6 octobre 1801), Portalis, en présentant le projet, insista sur les raisons qui avaient fait rejeter, dans ledit projet, le divorce fondé

sur l'incompatibilité d'humeur et le divorce par consentement mutuel. L'incompatibilité d'humeur fut abandonnée dès la première séance, malgré certaines résistances : le premier consul invoqua la situation du mineur qui peut se marier avant l'âge où il ne peut disposer de ses biens. Ne peut-il rompre cette union lorsqu'il s'aperçoit de l'erreur que sa jeunesse lui a fait commettre, de même qu'il peut demander la rescision d'un contrat dans lequel il a été lésé ? On se prévalut aussi, pour justifier le divorce sur l'incompatibilité d'humeur, de l'intérêt qui existe à laisser ce moyen à la disposition de l'époux vertueux d'une femme infidèle qui ne peut ou ne veut prouver la turpitude de son épouse. Portalis répondit qu'il fallait également envisager l'hypothèse où un mari coupable se servirait de la cause d'incompatibilité pour répudier son épouse vertueuse. La cause d'incompatibilité fut rapidement écartée.

Quant au divorce par consentement mutuel, il devait finalement être admis comme cause de divorce, malgré l'opposition de Bigot de Préameneu qui, dès la séance du 14 vendémiaire an x, soutenait que ce divorce était inadmissible, étant donné l'intérêt social qui s'attachait à la fixité de la famille, les époux n'étant pas seuls parties à ce contrat, mais encore les enfants et la société.

Mais il convient de préciser ce que le Code civil de 1804 entend par consentement mutuel.

Nous avons vu ce qu'était le divorce par consentement mutuel sous le régime du décret du 20 septembre 1792 : le mariage est un contrat qui est l'œuvre, le résultat d'un accord de volontés. Ces deux volontés, par un nouvel accord, peuvent détruire ce qu'elles avaient créé. Est-ce la même notion sur laquelle repose le divorce par consen-

tement mutuel admis par le Code civil ? Dans le système de 1792, le divorce résultait de la volonté commune des époux, abstraction faite de toute cause, en l'absence même de toute cause, ou, pour mieux dire, la cause du divorce c'était l'accord des volontés. Les époux se fussent-ils entendus pour divorcer par pure fantaisie, sans l'ombre d'une raison, le divorce devait, même en un pareil cas, être prononcé. Les rédacteurs du Code civil ont-ils conservé le principe admis par le décret de 1792 ?

Des résistances se manifestèrent d'abord au sein même du Conseil d'Etat lors des premières discussions sur le projet de la Commission. Bigot de Préameneu s'éleva contre le consentement mutuel, affirmant que le consentement des deux époux ne saurait anéantir un contrat où sont parties non seulement les époux, mais encore les enfants et la société. (*Séance du 14 vendémiaire an x.*) A la même séance, Portalis manifeste nettement son opposition, ajoutant que si le divorce par consentement mutuel était admis, il ne saurait être accordé qu'au cas où aucun enfant ne serait né du mariage. Cette attitude ne saurait nous étonner ; les rédacteurs du projet de l'an viii défendaient leur œuvre. En face d'eux se créait un courant d'opinion en faveur du divorce par consentement mutuel ; parmi les orateurs qui se déclaraient en sa faveur se trouvait le premier consul.

Dès la première séance se dégage une notion nouvelle qui n'est plus celle du décret du 20 septembre 1792. Le premier consul propose d'exiger, pour le divorce par consentement mutuel, l'autorisation des familles, autorisation qui a été nécessaire pour la formation du mariage. Il ajoute, et c'est là l'intérêt de sa proposition, « que cette condition du consentement de la famille serait une

garantie que le mariage ne serait dissous que pour des causes graves et réelles, et cependant il existerait un moyen de couvrir les causes de divorce que l'intérêt des mœurs ne permet pas de divulguer¹ ».

Dans le cours de la discussion, le premier consul, appréciant le système de M. Emmercy, précise « que le consentement mutuel n'est pas la cause du divorce, mais un signe que le divorce est devenu nécessaire. Ainsi le tribunal prononcera le divorce non parce qu'il y aura consentement mutuel ; il s'arrêtera à ce signe et n'ira pas jusqu'aux causes réelles qui peuvent avoir amené la rupture entre les époux² ». Ainsi donc, le consentement mutuel n'est plus une cause de divorce, mais il est le signe auquel se reconnaît une cause qui est de nature à entraîner la rupture du lien conjugal. Quelles seront donc les causes qui seront admises comme des causes du divorce par consentement mutuel ?

Ce ne sont pas, à proprement parler, les causes indéterminées, dans la pensée des rédacteurs du Code civil. Le procès-verbal de la séance du 6 nivôse an x (Fenet, tome IX, p. 383) nous rapporte les paroles de Portalis précisant le point où la discussion est arrivée : « Il est avoué que le consentement mutuel n'est pas une cause de divorce parce que, s'il le devenait, le mariage serait dénaturé ; il n'est donc qu'une preuve d'une autre cause légitime. » L'idée contenue dans ces conclusions de Portalis se trouve confirmée par les termes du procès-verbal de la séance du 20 brumaire an xi, lors de la discussion née à l'occasion de la rédaction définitive du Conseil d'Etat : Emmercy précise que « le divorce par consente-

1 et 2. *Procès-verbal de la séance du 14 vendémiaire an x.* (Fenet, pp. 271, 275.)

ment mutuel est institué pour couvrir principalement les causes déterminées qu'il serait honteux d'alléguer ». (*Procès-verbal de la séance du 20 brumaire an xi*, Fenet, tome IX, p. 451.) Le discours de Treilhard, dans son exposé des motifs lors de la présentation au Corps législatif, souligne parfaitement le rôle du divorce par consentement mutuel toutes les fois que l'honnêteté publique et la pitié s'opposent à la révélation de causes déterminées : « Citoyens législateurs, parmi les causes déterminées de divorce, il en est quelques-unes d'une telle gravité, qui peuvent entraîner de si funestes conséquences pour l'époux défendeur (telles, par exemple, que les attentats à la vie), que les êtres doués d'une excessive délicatesse préféreraient les tourments les plus cruels, la mort même, au malheur de faire éclater ces causes par des plaintes judiciaires. Ne convenait-il pas, pour la sûreté des époux, pour l'honneur des familles toujours compromis, quoi qu'on puisse dire dans ces fatales occasions, pour l'intérêt même de la société, de ne pas forcer une publicité non moins amère pour l'innocent que pour le coupable¹ ? » Et, pour autoriser le divorce dans de semblables circonstances, il faudra « tracer un mode de consentement, prescrire des conditions, attacher des privations, vendre enfin, s'il est permis de le dire, vendre si chèrement le divorce qu'il ne puisse y avoir que ceux à qui il est absolument nécessaire qui soient tentés de l'acheter² ».

Ainsi donc, le divorce par consentement mutuel ne résulte pas du simple accord des volontés des deux conjoints ; ce mode de divorce suppose d'autres causes.

1 et 2. *Présentation au Corps législatif et exposé des motifs par Treilhard; séance du 19 ventôse an xi.* (Fenet, t. IX, p. 468.)

Il n'est pas non plus un divorce pour causes indéterminées. C'est un système qui suppose une cause déterminée. Seulement, comme cette cause peut être une cause honteuse qu'il convient de ne point dévoiler dans l'intérêt de la morale et des époux, la loi décide que le juge chargé de statuer sur l'action en divorce n'aura pas à la rechercher; celle-ci restera dans l'ombre, le consentement mutuel étant la preuve de l'existence de cette cause.

Et cette notion nouvelle du divorce par consentement mutuel devait être exprimée dans l'article 233 du Code civil, dont les termes traduisent parfaitement la pensée du législateur : « Le consentement mutuel et permanent des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce. »

Le consentement mutuel devient donc, dans le Code civil de 1804, une preuve, et pour que celle-ci fût sérieuse et ne servît point à dissimuler une simple incompatibilité d'humeur ou un accord des deux époux en vue de rompre, sans aucune raison valable, le lien conjugal, la loi entoure de conditions rigoureuses le mode de divorce prévu par l'article 233. Nous examinerons ces conditions en étudiant la procédure du divorce telle qu'elle est organisée par le Code civil de 1804.

Ces quelques précisions étaient, à notre avis, indispensables pour déterminer la notion du divorce dans le Code civil. A cet égard, nous venons de voir que les auteurs du Code, admirateurs modérés du divorce, ne le font point dériver de l'idée de liberté constitutionnelle et n'admettent comme causes du divorce que des causes déterminées, le consentement mutuel n'étant d'autre part

que le signe de l'existence d'une cause grave et honteuse qu'il convient de ne point révéler. Mais ces précisions sont insuffisantes pour nous permettre de dégager l'idée que le législateur de 1804 se faisait du divorce, le principe sur lequel il s'appuie pour formuler les règles du Code qui n'en sont que les conséquences. Nous avons vu les conséquences. Quel est le principe ?

Les causes déterminées retenues par le Code sont : l'adultère de l'un des époux, les excès, sévices et injures graves, la condamnation de l'un d'eux à une peine afflictive et infamante (en dehors bien entendu du consentement mutuel).

La Commission qui présenta le projet de l'an viii avait admis comme causes de divorce : les sévices, attentats, mauvais traitements habituels de l'un des époux sur l'autre, la diffamation publique, l'abandon de l'un des époux par l'autre, l'adultère de la femme et celui du mari qui tient sa concubine dans la maison commune.

Mais au sein même de la Commission de l'an viii, on avait tout d'abord admis d'autres causes déterminées qui, après discussion, furent rejetées.

Il fut question de la démence, de la fureur ou de la folie de l'un des époux. Cette cause fut rejetée; la raison en fut que l'admission de cette cause eût été contraire à l'essence même du mariage. La folie, la fureur ou la démence sont sans doute de nature à supprimer les joies du mariage, mais elles sont des malheurs et non des faits imputables à la volonté de l'époux malade, qui n'est pas un coupable, mais bien une victime. Savoie-Rollin, tribun, dans son rapport au Tribunat, a très nettement et très éloquemment traduit la pensée des rédacteurs du Code à cet égard : « Enfin, en déliant le nœud conjugal par la folie ou la démence, elle outrageait (la loi de

1792) les sentiments que les hommes les plus étrangers entre eux éprouvent : la bienveillance et la pitié ; le mariage est un état dont la condition et le charme inexprimable sont dans l'étroite communauté des biens et des maux, des plaisirs et des peines ; on irait le rompre devant le malheur involontaire ! Son devoir, que dis-je, sa douceur et sa force sont dans l'allégeance des maux qui, dans toute autre situation de la vie, ne seraient ni supportables, ni pardonnés, et cette loi cruelle punit ceux qu'on ne s'est point attirés. Ah ! bénissons les hommes qui effacent de nos lois ces affreuses causes du divorce, bénissons-les de ne pas calomnier le cœur humain¹. »

L'abandon et l'absence furent également rejetées comme se prêtant à toutes les supercheries.

De ce fait que le divorce fondé sur la maladie mentale de l'un des époux a été rejeté, nous pouvons déduire quelques indices de la pensée du législateur. L'époux atteint d'une maladie mentale n'étant pas responsable de la situation de fait qui rend difficile et parfois impossible le maintien de la vie commune, cette situation ne peut servir de fondement à une action en divorce. Et il nous paraît, en effet, qu'ici entre en jeu la question de responsabilité : tant qu'aucune responsabilité n'existe à la charge de l'un des époux, il n'y a pas lieu de prononcer le divorce, la demande est irrecevable, quel que soit d'ailleurs le trouble effectif apporté dans la vie conjugale par un événement qui n'est pas imputable à l'un des conjoints ; le mari tombé en état de démence, la maladie dont il est atteint peut nécessiter son internement et, par suite, s'il était l'unique soutien de la famille, amener la

1. *Rapport fait au Tribunal par M. Savoie-Rollin.* (Fenet, t. IX, p. 503.)

ruine au foyer où sont restés la femme et les enfants ; quels que soient les malheurs qui seront la conséquence de la démence du chef de famille, la femme ne pourra obtenir le divorce.

L'absence proprement dite n'est pas une cause de divorce : le mari est parti pour une expédition lointaine ; au jour prévu pour le retour, on attend vainement son arrivée, son absence se prolonge pendant des mois et des années, il a laissé au foyer une jeune femme épousée quelques jours avant son départ. Cette jeune femme, devenue une presque veuve, n'aurait-elle pas quelques droits à rompre par le divorce un lien fragile qui ne la réunit plus à un époux, mais à un lointain souvenir, de contracter un nouveau mariage et de créer un nouveau foyer ? Le Code civil de 1804 ne lui permet pas d'obtenir le divorce parce que la prolongation de cette absence n'est pas nécessairement la conséquence de la volonté de l'absent.

Ainsi donc, une tendance se dégage dans l'œuvre du législateur de 1804 : celle de n'admettre le divorce qu'autant que l'époux demandeur en divorce qui invoque un préjudice peut prouver que ce préjudice est la conséquence d'un fait imputable à son conjoint. Le divorce devient ainsi la sanction d'une faute ; c'est la réparation d'un tort.

Cette idée n'est pas exprimée dans les travaux préparatoires avec la portée et la valeur d'un principe, mais on sent parfaitement qu'elle est présente dans l'esprit des auteurs pendant toute la discussion. Portalis déclare : « Le divorce est utile lorsque les causes pour lesquelles il est prononcé sont des infractions du mariage. » (*Séance du 16 vendémiaire an x*, Fenet, tome IX, p. 290.) Le divorce est donc la sanction d'un manquement aux obli-

gations conjugales commis par l'un des époux. Le premier consul, dont l'influence se sent particulièrement au cours des discussions sur le divorce (ne caressait-il pas déjà le projet de rompre le lien qui l'unissait à Joséphine de Beauharnais?), a exprimé lui aussi très nettement sa façon de le concevoir : « Il ne faut pas, a-t-il dit, que les époux, au moment où ils s'unissent, prévoient qu'il existe pour eux un moyen de rompre leur lien ; le mariage ne doit être dissous que par l'effet d'un délit. La procédure commence pour ce délit, et ensuite le consentement mutuel intervient comme conciliation entre les parties¹. »

D'autre part, le divorce par consentement lui-même suppose un tort causé par l'un des époux à son conjoint. Treilhard, répondant aux critiques adressées à ce mode de divorce et apportant des justifications en faveur de son maintien, précise ce point de vue. Nous savons que le consentement mutuel avait pour objet de dissimuler les causes honteuses ; l'on avait par suite reproché à la loi de composer avec le crime : « Mais vous, qui osez adresser ce reproche au projet de loi, dit Treilhard, dites-moi dans quel Code vous avez trouvé que la loi forçait une personne outragée, assassinée, à porter sa plainte devant les tribunaux ? Quelle est la religion qui a défendu de faire remise d'une offense personnelle ou de se contenter d'une réparation qui met à couvert une victime sans exposer la tête du coupable ? Sans doute un crime donne lieu à une action publique et à une action particulière. Que l'action publique ait son cours lorsque le crime a éclaté, voilà ce qu'exige l'ordre social ; que la personne attaquée puisse remettre son injure, qu'elle ait le droit

1. *Procès-verbal de la séance du 6 nivôse an x.* (Fenet, t. IX, p. 386.)

de couvrir d'un voile épais l'offense qui lui fut personnelle, voilà ce que la morale avoue, ce que l'intérêt social n'a jamais défendu¹. »

Nous avons cru devoir donner ce passage *in extenso*, car il nous paraît résumer d'une façon parfaite la théorie du divorce dans le Code civil de 1804. Le tort causé par l'un des époux à l'autre peut constituer un crime tombant sous le coup de la loi pénale ; mais il constitue, en même temps, un délit privé distinct du crime, ayant ses caractères propres, sa physionomie particulière et puni d'une sanction particulière : le divorce par consentement mutuel qui permettra à l'époux victime du délit de se séparer du conjoint coupable sans que l'action publique soit déclenchée. Cette sanction permettra à l'époux demandeur de recommencer sa vie et vaudra, pour le coupable, le pardon de sa faute.

Quant aux autres causes déterminées admises par la loi, elles revêtent plus parfaitement encore le caractère de fautes commises par l'un des époux et dont est victime l'autre conjoint d'un manquement aux obligations du mariage. Le tribun Gillet a dit, dans la séance du 30 ventôse an xi (Fenet, tome IX, p. 545), « que le mari ose donner lui-même le scandaleux exemple de la foi violée », que la femme adultère « rompt le contrat ». Examinant ensuite, dans la même séance, les diverses causes du divorce, il les définit ainsi : « Celui-là des deux rompt le contrat qui, au lieu de l'intérêt que la nature inspire à chacun pour sa conservation, ne manifeste envers la moitié qu'il s'est associée que des sentiments destructeurs, soit qu'il attente à sa sûreté par des excès, à sa sécurité par des sévices, ou à son honneur par des injures

1. *Discours de Treilhard.* (Fenet, t. IX, p. 558.)

graves. » Et examinant le divorce résultant d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, Gillet dit : « Celui-là rompt le contrat qui, par sa propre faute, dégrade son existence civile, et tel est le sort de celui qui tombe dans une peine infamante. Lui-même a changé la nature de l'association lorsque, au lieu de cette chaîne honorable que les époux doivent porter ensemble, il ne lui laisse plus à partager avec lui que la chaîne honteuse¹. » C'est toujours la même idée du tort causé par un conjoint à l'autre et du divorce envisagé comme réparation de ce tort.

Et enfin, jetant un coup d'œil d'ensemble, l'orateur ajoute, développant son idée : « Là se trouvent restreintes par la loi proposée toutes les causes par lesquelles la société conjugale peut cesser à la demande d'une seule des parties, et toutes ces causes sont prises de la réciprocité même de leurs obligations². » Le tribun Gillet précise par ces paroles que ce contrat d'une nature spéciale qu'est le mariage a engendré, à la charge de chacun des époux, une série d'obligations. Le divorce est le moyen que possède l'époux, victime d'un manquement à l'obligation, d'obtenir, de son conjoint auteur du manquement, la réparation qui lui est légitimement due. Le divorce est bien la conséquence d'une infraction, ainsi que le remarque l'orateur.

Voilà donc, à notre avis, la notion du divorce dans le Code civil de 1804 : la réparation d'un tort résultant pour l'un des époux d'une infraction aux obligations matrimoniales commise par son conjoint. C'est une idée assez

1. *Discours prononcé par le tribun Gillet; séance du 30 ventôse an XI.* (Fenet, t. IX, p. 546.)

2. *Ibid.*

simple qui se retrouve avec toute sa force, théoriquement tout au moins, dans le Code civil modifié par les lois de 1884 et de 1886. Si nous examinons cette idée, il nous paraît possible d'admettre qu'elle repose au fond sur la notion de vengeance, et par là remonte aux premiers âges du droit. Qu'est-ce que le divorce, sinon l'expression d'un violent ressentiment, peut-être le moyen de calmer la colère provoquée par une infraction aux obligations du mariage imputable à l'un des conjoints ? Le divorce n'est qu'un mode plus civilisé de se venger d'un conjoint coupable. Dans la plus haute antiquité, l'époux coupable devait, sans doute, être mis à mort ou vendu comme esclave ; on se contenta, par la suite, de le répudier ; aujourd'hui, on dirige contre lui une action en divorce couronnée par un jugement qui mettra les torts et griefs à la charge de l'époux coupable. Ces torts et griefs ne sont-ils pas la rançon d'une faute ? Cette expression « torts et griefs » n'est-elle pas la meilleure preuve que le divorce est la conséquence et la réparation d'une faute, d'un tort, d'une infraction ? Si l'on admettait le divorce comme moyen de mettre simplement fin à une union où la vie commune est devenue impossible, abstraction faite de toute idée de faute, l'expression « torts et griefs » ne se justifierait pas. Sa survivance est la preuve la plus nette de l'idée de faute et de préjudice.

CHAPITRE III

La procédure du divorce

En ce qui concerne la procédure, il convient de distinguer le divorce pour causes déterminées et le divorce par consentement mutuel.

La procédure du divorce, telle qu'elle est réglée par le Code civil de 1804, est dominée par un grand principe : les actions en divorce sont de la compétence exclusive d'un tribunal, qui est le tribunal civil de l'arrondissement dans lequel les époux sont domiciliés.

On se rend compte ici de l'importance de l'innovation de la loi nouvelle. Nous avons vu que dans le régime antérieur, issu des dispositions du décret du 20 septembre 1792, le divorce est, dans son essence, une simple formalité accomplie par l'officier de l'état civil. Sans doute, dans certains cas, l'intervention d'une assemblée familiale était-elle prescrite par la loi, mais cette intervention avait pour objet d'inviter les époux à réfléchir sur les conséquences graves de la décision qu'ils allaient prendre ; le conseil de famille était institué pour multiplier les chances de réconciliation.

Au contraire, dans le régime de 1804, dont les principes sont encore en vigueur aujourd'hui, nous sommes en présence d'une procédure nouvelle qui s'est dépouillée

de toutes les règles édictées par le législateur de 1792. Le divorce est l'œuvre d'une décision rendue par le juge, après une procédure qu'il domine et contrôle du début jusqu'à la fin.

Cette différence essentielle entre les deux législations s'explique par les règles de la logique et n'est qu'une conséquence des modifications survenues dans la notion même du divorce. Pour le législateur de 1792, le divorce est un droit dérivant de la liberté individuelle. Pourquoi dès lors, puisque le divorce est un droit de l'individu, faire intervenir, pour sa réalisation, une autorité judiciaire? On n'a pas besoin d'un juge pour divorcer, pas plus qu'on n'en a besoin aujourd'hui pour dénoncer un contrat de bail à durée indéterminée.

Au contraire, nous avons vu à la suite de quelle évolution des idées la notion du divorce s'est transformée. Le législateur de 1804 n'a eu qu'à sanctionner cette notion nouvelle : le divorce n'est plus lié au principe de la liberté individuelle ; il n'est plus l'expression des droits de l'homme ; le mariage est indissoluble en ce sens que, lorsqu'ils se marient, les époux ne doivent point prévoir le divorce, mais admettre, au contraire, que leur union ne prendra fin que par la mort de l'un des deux conjoints. Nous avons également insisté sur l'intérêt que les rédacteurs du Code civil ont attaché au principe de l'indissolubilité du mariage qui, seule, peut assurer la stabilité de la famille et par suite la prospérité de la société.

Un autre caractère de la procédure du divorce dans le Code civil est le suivant : l'action en divorce est une action exclusivement civile, de la compétence du tribunal d'arrondissement. On aurait pu, au moins dans les cas où le divorce est la conséquence du délit commis par l'un

des conjoints, attribuer la compétence au tribunal criminel ; ainsi, au cas où l'un des époux aurait attenté à la vie de son conjoint, l'action en divorce aurait pu être déférée à la juridiction répressive. Le Code civil s'est écarté résolument de ce point de vue et a fait du divorce une action d'un caractère exclusivement civil. Ce système repose sur la nature des rapports qui existent entre l'homme et la femme, et sur l'objet même du divorce. Le Code n'a pas voulu que le délit commis par l'un des époux se résolve en dommages-intérêts accordés à l'autre époux ou à une sanction pénale. Le mariage est une institution d'un caractère trop élevé ; quelle que soit la gravité des torts que l'un des époux ait pu inférer à son conjoint, celui-ci ne doit pas trouver dans le divorce le moyen de satisfaire sa haine et, d'autre part, ce tort ne peut pas s'analyser en une somme d'argent ; ce contrat, d'une nature particulière, est la somme d'obligations morales trop humaines pour que le manquement à une de ces obligations puisse s'exprimer en dommages-intérêts ; nous sommes en présence d'un contrat qui est hors du commerce. Si la fatalité exige que le mariage soit brisé, la seule réparation accordée à l'époux victime de son conjoint consiste dans la séparation qui écarte de sa vie l'époux coupable, et cette réparation ne sera pas intégrale en ce sens que rien ne pourra lui rendre les joies et les consolations qu'il était en droit d'attendre de l'union conjugale le jour où il l'a contractée. De là la formule de l'article 234 (ancien) du Code civil : « Quelle que soit la nature des faits où des délits qui donneront lieu à la demande en divorce pour causes déterminées, cette demande ne pourra être formulée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile. »

PROCÉDURE DU DIVORCE POUR CAUSES DÉTERMINÉES

Le Code de 1804 édicte, dans l'article 235, une disposition préliminaire : « Au cas où l'un des faits invoqués par l'époux demandeur donne lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce sera suspendue jusqu'après l'arrêt de la cour d'assises, sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir pour discuter contre l'époux demandeur. » C'est une application particulière de la règle générale : « le criminel tient le civil en état ».

Nous nous bornerons à retracer succinctement les phases de la procédure.

La première phase comprend les divers actes de procédure à accomplir aux fins d'obtenir l'autorisation de citer.

L'époux demandeur doit remettre en personne au président du tribunal sa demande en divorce, qui contiendra le détail des faits. (Art. 236 ancien.) Après les observations qu'il jugera utiles, le juge donnera acte de la réception de la requête et dressera procès-verbal du tout. (Art. 237 ancien.) Dans ledit procès-verbal, il ordonnera la comparution en personne des parties et que l'ordonnance sera signifiée à la partie contre laquelle le divorce est demandé. (Art. 238 ancien.) Au jour fixé, il entendra les parties, leur fera, aux fins de conciliation, les observations qu'il croira utiles et dressera procès-verbal ordonnant communication de la requête au ministère public et le référé du tout au tribunal. (Art. 239 ancien.)

Dans les trois jours, sur le rapport du président et sur les conclusions du ministère public, le tribunal accor-

dera ou suspendra la permission de citer, suspension qui ne pourra dépasser vingt jours. (Art. 240 ancien.)

Cette première période de la procédure, qui aboutit à l'autorisation de citer, est sensiblement la même que celle qui existe de nos jours et n'appelle pas d'observations.

La deuxième phase a pour but de permettre au juge d'apprécier l'admissibilité de la demande. Cette phase a disparu de notre loi.

Le demandeur fera signifier au défendeur l'ordonnance accordant la permission de citer et l'assignera à comparaître au délai de la loi, en personne, à l'audience, à huis clos. En tête de la signification, copie sera donnée de la demande en divorce et des pièces à l'appui. (Art. 241 ancien.) A l'échéance du délai, l'époux demandeur comparait devant le tribunal, assisté, s'il le juge à propos, d'un conseil, et expose ou fait exposer les motifs de sa demande et désigne les témoins qu'il se propose de faire entendre. (Art. 242 ancien.) Il s'agit, comme on le voit, d'une procédure encore secrète, ainsi organisée pour ne pas faire éclater le scandale au grand jour et pour qu'au cas de réconciliation, à l'exception bien entendu des époux, tout le monde ignore le dissentiment qui a pu un instant les séparer.

Le défendeur comparait en personne ou par un fondé de pouvoir, expose ou fait exposer ses moyens de défense et désigne également les témoins qu'il se propose de faire entendre, tout ceci, bien entendu, si le défendeur comparait. (Art. 243 ancien.) Il est ensuite dressé procès-verbal des comparution et déclarations des parties (art. 244 ancien), et c'est ici que se termine la procédure secrète.

L'affaire est alors renvoyée à l'audience publique, dont sont fixés les jour et heure, la communication au minis-

ture public est ordonnée et un juge rapporteur est nommé. Si le défendeur a fait défaut, le tribunal ordonne, en outre, que signification de l'ordonnance lui sera faite. (Art. 245 ancien.)

Enfin, au jour fixé, le tribunal rend un jugement statuant sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé, déclarant la demande irrecevable si elles sont concluantes, déclarant la demande admise si les fins de non-recevoir ne sont pas concluantes ou s'il n'en a pas été proposé.

Ainsi qu'on le voit, le fond n'a pas encore été abordé ; toute la procédure a eu jusqu'ici uniquement pour objet, d'une part, d'obtenir la permission de citer le défendeur, et, d'autre part, de déterminer si la demande est ou n'est pas admissible.

Commence alors la troisième phase de la procédure qui aboutira au jugement sur le fond.

Il convient de distinguer suivant que la demande en divorce est fondée sur l'adultère, sur les excès, sévices et injures graves, ou, au contraire, sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

Adultère, excès, sévices ou injures graves. — La demande en divorce est admise. Le tribunal va statuer au fond et fera droit à la demande si elle lui paraît en état d'être jugée ; sinon, il admettra le demandeur à prouver les faits pertinents par lui allégués, en réservant au demandeur la preuve contraire. (Art. 247 ancien.)

Au cas où une enquête est nécessaire, elle aura lieu d'après les règles suivantes :

Après le prononcé du jugement ordonnant l'enquête, le greffier donne lecture du procès-verbal contenant la

liste des témoins désignés par les parties. Celles-ci pourront encore en désigner d'autres, mais après elles n'y seront plus reçues. (Art. 249 ancien.) Les témoins pourront être reprochés ; les parents des époux, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables, et non plus les domestiques des époux. (Art. 250 et 251 anciens.) Le jugement admettant la preuve testimoniale dénommera les témoins à entendre et fixera les jour et heure auxquels les parties devront les présenter. (Art. 252 ancien.) Les témoins seront entendus par le tribunal, à huis clos. (Art. 253 ancien.) Les parties pourront interpellier les témoins et un procès-verbal d'enquête sera dressé. (Art. 255 ancien.) Le tribunal renvoie alors les parties à l'audience publique. Au jour fixé, sur le rapport du juge commis et sur les conclusions du commissaire du gouvernement, le jugement est prononcé en audience publique. S'il admet le divorce, le demandeur peut se pourvoir devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. (Art. 258 ancien.) Il convient de remarquer que le jugement rendu par le tribunal ne prononce pas le divorce, il se borne à le déclarer fondé. C'est l'officier de l'état civil qui le prononcera, qui dissoudra le mariage, de même qu'il l'a formé.

Au cas où le divorce est demandé pour excès, sévices ou injures graves, encore que la demande soit bien établie, le tribunal pourra surseoir à prononcer le divorce, sursis qui ne pourra excéder une année. (Art. 259 et 260 anciens.) Il est à remarquer que le sursis ne peut être admis qu'au cas où la demande en divorce est fondée sur des excès, sévices ou injures graves. Le législateur a pensé que, dans ce cas, il pouvait se rencontrer quelques chances de réconciliation entre les époux ; au contraire,

au cas d'adultère, tout espoir de réconciliation est interdit.

Condamnation à une peine infamante. — Lorsque la demande en divorce est fondée sur l'adultère ou sur des excès, sévices ou injures graves, il peut être nécessaire de recourir à une enquête pour permettre au demandeur de prouver les faits par lui articulés. Au contraire, lorsqu'un des époux invoque une condamnation à une peine infamante prononcée contre son conjoint, toute enquête, on le comprend aisément, serait superflue et inutile. La preuve du bien-fondé de la demande résulte de la condamnation elle-même et, dès que l'existence de cette condamnation sera démontrée, le divorce sera prononcé. C'est là le principe posé par l'ancien article 261, aux termes duquel les seules formalités à observer « consisteront à présenter au tribunal civil une expédition régulière du jugement prononçant la condamnation et un certificat attestant que ce même jugement est devenu définitif ».

Comme en matière civile ordinaire, le jugement prononçant le divorce est susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel. (Art. 262 et 263 anciens.) La cause en appel sera instruite comme en matière urgente, et le délai d'appel est de trois mois à compter de la signification du jugement contradictoire ou par défaut. D'autre part, le délai du pourvoi en cassation, qui est suspensif, est également de trois mois à compter de la signification.

Que le divorce ait été prononcé pour adultère, pour excès, sévices ou injures graves, ou pour une condamnation infamante, il ne reste plus à l'époux qui l'a obtenu qu'à se présenter devant l'officier de l'état civil

pour le faire prononcer. Il doit le faire, l'autre partie dûment appelée, dans un délai de deux mois (art. 264 ancien), et ces deux mois courront, pour les jugements de première instance, de l'expiration des délais d'appel, à l'égard des jugements rendus par défaut sur appel, à l'expiration du délai d'opposition à l'égard des jugements contradictoires en dernier ressort, à l'expiration du délai de pourvoi en cassation. (Art. 265 ancien.) Si l'époux qui a obtenu le divorce laisse écouler les deux mois sans le faire prononcer, il sera déchu du bénéfice du divorce et ne pourra reprendre son action, sinon pour cause nouvelle, auquel cas il pourra néanmoins faire valoir les causes anciennes. (Art. 266 ancien.)

Voilà, au point de vue de la procédure, la physionomie générale du divorce pour cause déterminée telle qu'elle est organisée par le Code civil de 1804. Nous observerons que le législateur de 1884 a conservé le point de vue des rédacteurs de 1804 : les grandes lignes de l'action en divorce sont les mêmes.

Avant de passer à la procédure du divorce par consentement mutuel, nous indiquerons que les anciens articles 267 à 274 avaient pour objet les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce. Nous n'entrerons pas dans l'examen de ces textes, qui ne se rapportent pas directement à notre sujet et dont l'analyse nous entraînerait trop loin. Ces mesures provisoires sont relatives soit à la personne des époux, soit à leurs biens.

Nous préciserons que le Code de 1804 prévoit une fin de non-recevoir, en matière de divorce pour cause déterminée, tirée de la réconciliation des époux. (Anciens articles 272 à 274.) L'action est éteinte par la réconciliation survenue soit depuis les faits qui autorisaient la

demande en divorce, soit depuis l'introduction de cette demande.

PROCÉDURE DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Il convient tout d'abord de remarquer que le divorce par consentement mutuel est admissible, même lorsque des enfants sont issus du mariage. Cette remarque s'impose si l'on considère qu'au cours des travaux préparatoires du Code civil, il fut question d'interdire ce mode de divorce toutes les fois que des enfants seraient nés de l'union des époux. Comme le disait Cambacérès, « le législateur ne doit-il pas aussi s'occuper des enfants? Ceux-ci ne sont-ils point des tiers intéressés au contrat de mariage? Or, combien sont à plaindre ceux qui, devant le jour à des époux divorcés, se sont vus presque en naissant déposés à des familles qui leur sont demi-étrangères. » (*Séance du 16 vendémiaire an x*; Fenet, tome IX, p. 291.) Ce ne fut qu'après plusieurs discussions qu'il fut décidé que l'absence d'enfants ne constituerait pas une condition d'admissibilité du divorce par consentement mutuel.

Pour que l'action en divorce soit admissible, plusieurs conditions sont requises par la loi :

1° Le mari doit avoir plus de vingt-cinq ans et la femme doit être majeure de vingt et un ans : le législateur a voulu éviter les mouvements irréfléchis de la jeunesse ; 2° le divorce par consentement mutuel n'est admis qu'après deux ans de mariage ; 3° le consentement mutuel ne pourra être admis après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans (anciens articles 275 à 277) ; 4° le consentement mutuel des époux ne

suffit pas ; il doit être autorisé par leurs père ou mère, ou par leurs autres ascendants vivants, suivant les règles posées par l'article 150 au titre du mariage. Cette obligation de solliciter et d'obtenir l'autorisation des ascendants est de nature à apporter un obstacle sérieux à la multiplication des divorces par consentement mutuel. Comme l'a remarqué Malleville, si les époux se marient jeunes, il y a de nombreuses chances pour qu'ils possèdent sinon leurs père et mère, du moins des ascendants peu éloignés. S'ils se marient plus âgés, les époux arriveront vite au moment où ce mode de divorce ne leur est plus ouvert, la femme atteignant l'âge de quarante-cinq ans. Pendant cette période relativement courte, le législateur espère qu'il existera encore des ascendants pour inviter les conjoints à réfléchir et, le cas échéant, pour leur refuser leur autorisation.

La mise en marche de la procédure doit être précédée de mesures préliminaires : d'une part, les époux devront faire inventaire et estimation de leurs biens (ancien art. 279) ; d'autre part, ils devront s'entendre par écrit sur la garde des enfants tant pendant le temps des épreuves qu'après le divorce, sur la résidence de la femme pendant le temps des épreuves, sur la somme que le mari doit payer à la femme pendant le même temps si les ressources de celle-ci sont insuffisantes.

Commence alors la procédure proprement dite. Disons d'abord que le divorce par consentement mutuel organisé par le Code civil ne constitue pas un moyen rapide de rompre le lien conjugal, comme semblerait l'indiquer l'appellation qui évoque une opération facile et aisée. La formule, sous son voile léger, cache toute une série de formalités longues et compliquées, qui prouvent que le législateur

de 1804 n'est pas animé, à l'égard du consentement mutuel, de l'admiration ni de l'enthousiasme des auteurs du décret du 20 septembre 1792 : déclarations, délais, comparutions devant le juge, production de pièces, tout semble soigneusement organisé pour écarter les époux de ce mode de divorce, en outre des conditions d'admissibilité qui, nous l'avons vu, sont rigoureuses.

En premier lieu, les époux doivent déclarer leur volonté de divorcer, déclaration qui ne va pas sans longueur.

La déclaration doit être faite par les époux au président du tribunal civil d'arrondissement, en présence de deux notaires par eux amenés ; ce magistrat leur fera telles exhortations et représentations qu'il croira convenables, et, s'ils persistent, il leur sera donné acte de leur déclaration, à laquelle devront être jointes diverses pièces : actes de naissance des époux, actes de naissance et de décès de tous leurs enfants, déclarations authentiques des père et mère ou ascendants donnant leur autorisation au divorce. Les notaires dresseront procès-verbal du tout. (Anciens articles 281 à 284.) Tout n'est pas d'ailleurs fini.

En effet, aux termes de l'article 285 abrogé, cette déclaration devra être renouvelée dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivront, avec les mêmes formalités et en rapportant chaque fois la preuve authentique que les père et mère ou ascendants persistent dans leur première autorisation.

C'est alors que les époux requièrent le divorce qui est prononcé par le juge.

Dans la quinzaine du jour où est révolue l'année qui court de la première déclaration, les époux, assistés

chacun de deux amis, personnes notables domiciliées dans l'arrondissement et âgées de cinquante ans au moins, se présentent ensemble devant le tribunal d'arrondissement, remettent les quatre procès-verbaux déclarant leur consentement mutuel, les pièces annexées, et requièrent du magistrat l'admission du divorce, chacun séparément, en présence toutefois l'un de l'autre et des quatre notables. (Ancien art. 286.) C'est la tentative suprême de réconciliation. Peut-être au moment de se séparer à jamais, en présence des amis qui, par leur âge et leur autorité morale, font apparaître aux époux la gravité de la décision qu'ils vont prendre, peut-être ceux-ci sentiront-ils leur froide résolution se fondre au souvenir des premières heures de leur union, peut-être sous la cendre de leur bonheur détruit verront-ils briller la flamme de tendresse qui éclaira leurs jeunes années.

Le juge et les assistants font alors aux époux les dernières observations et, si les époux persévèrent, il en sera dressé acte et le greffier dressera procès-verbal. (Art. 287 ancien.)

Il ne s'agit plus maintenant que de faire sanctionner cette procédure par le jugement de divorce.

Au pied du procès-verbal dont il vient d'être parlé, le juge rend une ordonnance portant que dans les trois jours il sera référé du tout au tribunal en chambre du conseil, sur les conclusions du ministère public. Le commissaire du gouvernement vérifie la régularité du dossier quant à l'admissibilité de la demande et quant à la procédure, et conclut soit « la loi permet » ou « la loi empêche ». Le tribunal procédera ensuite à la même vérification. Si toutes les formalités ont été observées et toutes les conditions remplies, il admettra le divorce et renverra

les parties devant l'officier de l'état civil pour le voir prononcer. Sinon, le tribunal déclarera qu'il n'y a pas lieu à divorce en motivant sa décision. (Anciens articles 288 à 290 abrogés.)

Le jugement ainsi rendu, au cas où il rejetterait la demande, est susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel. Il convient d'observer que le divorce étant demandé par les deux époux, l'appel ne sera déclaré recevable qu'autant qu'il sera interjeté par les deux parties.

Cet appel est relevé par actes séparés, dans les dix jours au plus tôt et dans les vingt jours au plus tard de la date du prononcé du jugement rendu par le tribunal de première instance. Ces actes séparés seront réciproquement signifiés tant à l'autre époux qu'au commissaire du gouvernement. Dans les dix jours de la signification à lui faite du second acte d'appel, le commissaire du gouvernement près le tribunal de première instance fera passer à son collègue près le tribunal d'appel l'expédition du jugement et les pièces sur lesquelles il est intervenu. Dans les dix jours qui suivront, le commissaire conclura et il sera statué par le tribunal d'appel en chambre du conseil dans les dix jours qui suivront la remise des conclusions du commissaire. (Anciens art. 294 à 295.) Les parties devront, à peine de déchéance, se présenter dans les vingt jours de la date du jugement devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce.

Telle est la procédure du divorce par consentement mutuel ; ce mode de divorce devait d'ailleurs disparaître de notre Code par l'effet de la loi du 8 mai 1816. Il n'a pas été rétabli et, à cet égard, les assemblées de la troisième République se sont montrées plus timorées que leurs devancières du Consulat.

Comment apprécier le divorce par consentement mutuel ? Il semble avoir été appliqué assez peu fréquemment et n'avoir guère présenté d'utilité pratique ; on peut attribuer sa rareté d'application aux obstacles et aux complications dont la procédure est hérissée ; cette raison m'apparaît convaincante : deux époux désireux de divorcer ne se laisseront pas arrêter par un délai qui, pour être long, ne dépasse guère une année que de quelques mois. A l'heure actuelle, la procédure peut être aussi longue, et même plus longue, surtout si le jugement est frappé d'appel. Il est vrai qu'à notre époque les époux n'ont pas à se déranger et sont utilement remplacés par leur avoué.

L'explication du petit nombre de divorces prononcés comme conséquence du consentement mutuel pourrait bien se trouver dans la gravité des effets du divorce ; quant aux personnes, interdiction pour les époux divorcés de contracter un nouveau mariage avant l'expiration d'un délai de trois ans à courir du jugement prononçant le divorce ; quant aux biens, transmission aux enfants de la propriété de la moitié des biens de chacun des époux divorcés par consentement mutuel. Les père et mère conservaient toutefois la jouissance de cette moitié de leurs biens jusqu'au jour de la majorité des enfants, à charge d'entretenir et d'élever ceux-ci. (Anciens art. 297 et 305 abrogés.) On peut être épris de la liberté, mais la joie de l'avoir reconquise ne va pas sans amertume à la pensée qu'on la paie de la moitié de sa fortune. La procédure elle-même est ingénieuse ; ces déclarations répétées devant le juge témoignent du souci du législateur de ménager toutes les chances de réconciliation entre époux, mais elles ne paraissent guère utiles ni efficaces.

Voilà brièvement analysées les principales règles tracées par le Code civil de 1804 dans le domaine du divorce. Nous pouvons nous résumer ainsi : mettant de côté le divorce par consentement mutuel qui n'est pas en réalité l'expression d'un *mutuus dissensus*, mais un procédé destiné à empêcher la révélation d'une cause que l'intérêt des époux et de la société conseille de cacher, nous dirons que le législateur de 1804 s'est écarté résolument, quant au divorce, des doctrines révolutionnaires. Le divorce n'est plus un droit de l'individu ; le Code l'admet, mais avec défiance, et seulement dans les cas où un tort grave a été inféré par un des époux à son conjoint ; les intérêts de la société sont en opposition directe avec la liberté de l'individu et celle-ci doit s'incliner devant celle-là ; la loi n'admet pas le divorce, à proprement parler, elle le tolère parce que, dans certains cas, il est un moindre mal. De toutes ces idées ne se dégage pas une notion simple et claire du divorce ; on sent confusément que, sanction d'un dommage, il est la rançon d'une faute commise à l'encontre de son coassocié par l'un des conjoints. Peut-on reprocher au législateur de 1804 cette timidité ? Nous ne le croyons pas. D'une part, en effet, son aversion à l'endroit du divorce s'explique par les excès et les scandales auxquels journellement, pendant plus de dix ans, il venait de donner lieu ; il était naturel qu'une réaction suivit, elle était utile. Et puis, leur conception étriquée du divorce correspondait à l'état de la société de leur temps. Après le vent de folie qui tourna les têtes, on s'aperçut que les mœurs familiales n'avaient pas été secouées dans leurs couches profondes ; le divorce avait pu se glisser en France à la faveur des circonstances ; sans doute on ne pouvait le rejeter définitivement, mais

du moins, si nous osons dire, on lui rognait les griffes. Et les solutions du Code civil semblent avoir donné toute satisfaction à la France du lendemain de la Révolution. Enfin, on peut le dire, ces rédacteurs du Code civil, ces hauts fonctionnaires étaient des hommes d'ordre ; beaucoup de membres du Tribunat, et surtout du Corps législatif et du Sénat conservateur, l'étaient devenus du jour qu'ils n'eurent plus qu'à consolider leur situation. L'autorité leur apparut comme possédant de solides vertus et le mariage indissoluble, avec sa physionomie bourgeoise, où le mari est le chef incontesté et obéi, n'est-il pas l'un des fondements les plus sérieux de cette autorité ? Pourquoi, dès lors, admettre inconsidérément le divorce ? Celui-ci, né à la gloire aux belles heures d'ivresse et d'illusion, fut remis à sa place, un peu dans l'ombre, le jour où ceux qui lui avaient fait une part si belle s'aperçurent, le rêve disparu devant la réalité, qu'il fallait harmoniser les conquêtes de la Révolution, leurs conquêtes, dans un ordre nouveau. Ces révolutionnaires furent au fond de grands bourgeois qui, la tempête passée, donnèrent la mesure de leur intelligence et de leur sentiment très vif des réalités ; ils furent des hommes d'ordre, le désordre une fois éloigné, et voilà pourquoi ils réduisirent le champ d'application du divorce, ce mal nécessaire que l'on est obligé de tolérer. Leur dignité de vie et leur honnêteté protestent contre ce fléau, et leur réprobation à son endroit est d'autant plus vive qu'ils pensent à leur propre foyer où la vie, un peu compassée, est cependant si douce, aux côtés d'une femme soumise et dévouée, plus respectée qu'aimée, auprès d'enfants qui sont l'espoir de la maison, d'un fils qui sera plus tard magistrat, notaire ou greffier de cour, d'une fille pour laquelle

on rêve d'une union à la fois brillante et sérieuse. Cette conception du mariage, qui s'affirmera pleinement sous la monarchie de Juillet, est opposée, peut-être inconsciemment, au divorce. Celui-ci risque, en effet, de ternir l'honneur de la famille, dont les membres n'ont pas à connaître les grandes passions ni les drames du cœur qui s'associent généralement au divorce; l'éducation et l'avenir des enfants, des habitudes d'honnêteté scrupuleuse et de sage économie, l'exercice d'une fonction publique ou d'une profession libérale, tout cela suppose la paix du foyer conjugal et par conséquent l'indissolubilité du mariage. Ces idées ont, à notre avis, exercé leur influence sur le Code de 1804, et expliquent les règles que ses auteurs ont adoptées et qui sont restrictives du divorce.

Pour en terminer avec l'étude du divorce dans le Code de 1804, nous ajouterons que ce Code a rétabli la séparation de corps supprimée par le décret du 20 septembre 1792; admise dans tous les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, elle est intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action, mais ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. (Anciens art. 306 et 307.)

Qu'il nous soit permis de faire remarquer que nous avons passé sous silence les effets du divorce quant aux personnes et quant aux biens; de tels développements nous auraient écarté de l'objet de ce modeste ouvrage : critique de la procédure du divorce.

CHAPITRE IV

De la loi de 1816 à la loi de 1884.

Les années qui suivirent la Révolution furent témoins de profonds changements dans l'ordre politique : les régimes se succédaient avec entrain et, comme conséquence, tels principes qui, la veille, étaient considérés comme des dogmes, s'écroulaient brusquement. Peut-être d'ailleurs, après une éclipse plus ou moins longue, qui ne durait parfois que quelques semaines, ainsi les Cent-Jours, ils retrouvaient toute leur splendeur et tous leurs fidèles d'autrefois. Ces révolutions politiques avaient naturellement leur répercussion dans les autres domaines, et en particulier dans celui du droit. Le divorce devait, à cet égard, subir le contre-coup de la versatilité des choses humaines ; le 8 mai 1816, il disparaissait de nos lois et s'endormait pour longtemps, quatre-vingts ans environ. La résurrection devait être l'œuvre de la loi du 19 juillet 1884.

La suppression du divorce en 1816 ne trouve pas sa cause dans une évolution des idées philosophiques ou dans une modification survenue dans les mœurs. Il semble bien que l'opinion publique, non pas celle qui se reflète dans les discours prononcés au Parlement, mais la véritable opinion publique, celle qui jaillit des conversations particulières, des propos tenus dans un salon ou

dans la rue, n'a pas réclamé l'abolition des lois sur le divorce au début de la Restauration. La loi de 1816 fut une loi purement politique, conséquence des nouveaux principes ou plutôt des anciens principes remis à neuf, qui sont à la base du régime organisé par la charte de 1814. La loi n'est pas due à l'initiative royale : Louis XVIII, seul, n'eût sans doute pas pensé à supprimer le divorce ; esprit modéré, teinté d'un certain scepticisme, n'avait-il pas, alors qu'il n'était que comte de Provence, vécu dans ce Versailles de la fin de l'ancien régime où les mœurs élégantes et raffinées inclinaient à une aimable et souriante indulgence ? Et puis, n'avait-il pas beaucoup vu, beaucoup vécu pendant ces longues années où, du fond de son exil, il avait assisté à tant de changements ? Et son séjour à Gand, pendant les Cent-Jours, n'avait guère contribué sans doute à modifier les conclusions désenchantées de son esprit sur la durée des choses humaines ; épris de la culture antique, lecteur fidèle d'Horace, il avait puisé dans le commerce des auteurs anciens ce large esprit de tolérance qui est l'un des fruits les plus savoureux des études classiques. Aussi Louis XVIII n'aurait-il rien changé à la législation sur le divorce si les principes, et aussi les ministres, n'imposaient aux rois des décisions auxquelles ils ne pensent pas.

Aux termes de la Charte, la religion catholique est la religion d'Etat. L'Eglise reconnaît comme un principe essentiel l'indissolubilité absolue du mariage ; l'Etat doit donc supprimer le divorce. Ce fut M. de Bonald qui prit l'initiative de la proposition de loi qui devint la loi du 8 mai 1816. Cette loi, dans son article premier, exécute en quatre mots le divorce : « Le divorce est aboli. » Dans

les dispositions suivantes, la loi prescrit que les instances en divorce pour causes déterminées sont converties en demandes en séparation de corps, que les jugements de divorce restés sans effets du fait du défaut de prononciation par l'officier de l'état civil sont restreints aux effets de la séparation de corps, et enfin que tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés et que les jugements rendus en ce cas, mais non suivis de prononciation du divorce, seront considérés comme non avenus. C'était l'anéantissement du divorce, moins de vingt-deux ans après son entrée triomphale dans notre législation.

Pendant de longues années, on ne parla plus du divorce; aucune tentative possible, d'ailleurs, sous la Restauration. On peut noter quelques timides tentatives sous la monarchie de Juillet; mais les propositions votées par la Chambre des députés échouèrent devant l'opposition de la Chambre des pairs; une proposition fut même rejetée après la Révolution de 1848. Les résistances de la Chambre haute semblent d'ailleurs avoir été fortifiées par l'indifférence de l'opinion publique. La Restauration et aussi le règne de Louis-Philippe furent des époques vertueuses; les folies du Directoire n'eurent pas de lendemains : la bourgeoisie, satisfaite et heureuse, savoure ses conquêtes; la petite bourgeoisie économise et joue à la garde nationale; le peuple des campagnes continue son existence paisible; tout ce monde ne pense guère au divorce. Aussi faut-il attendre le projet de M. Naquet, en 1876, pour voir renaître la question du divorce, dont s'occupaient pourtant le théâtre et la littérature. Ce projet, qui ne tendait à rien moins qu'à instaurer une législation du divorce voisine de celle du décret du 20 sep-

tembre 1792, apparut, à cette époque, comme une invention trop audacieuse pour pouvoir être prise en considération. M. Naquet déposa un nouveau projet en 1878, qui tendait cette fois à remettre en vigueur les dispositions du Code civil; ce projet échoua. Une proposition de loi fut déposée, toujours par M. Naquet, le 11 novembre 1881, et c'est cette proposition qui est devenue la loi du 27 juillet 1884.

Un point est certain, c'est l'insistance de M. Naquet qui a permis au divorce de reprendre pied dans nos lois. L'opposition que les divers projets par lui déposés rencontrèrent à la Chambre sont l'indice qu'au moins, dans certains milieux, le divorce ne ralliait pas autour de lui tous les suffrages. Il apparaît bien cependant qu'en fait son heure était venue. Sous l'influence des exigences de la vie moderne, dès 1880, la famille évolue : l'antique conception de la famille a été brisée par les besoins nouveaux des hommes et par leur nouvelle manière de vivre; la vie de l'individu ne s'adapte plus à celle d'une famille dont il n'est qu'un des rouages; la famille moderne se compose de quelques éléments seulement : un père, une mère, parfois quelques enfants, et, dans notre époque, cette chétive famille n'oppose guère de force de résistance; l'homme et la femme vivent une vie distincte, et cette double existence engendre souvent une divergence des goûts et des caractères, qui parfois aboutit à une crise violente dont le divorce est le seul remède. On peut être partisan ou adversaire du divorce; on ne saurait contester ce fait que notre époque se prête, moins que toute autre, au développement des familles fécondes et unies; la vie sépare trop brutalement et les difficultés de l'existence rendent chaque jour plus compliqué le

développement harmonieux d'une association conjugale qui, pour donner d'heureux résultats, exigerait une atmosphère apaisée. Sans doute, il est permis de regretter un temps, s'il a jamais existé, où les époux, se perpétuant dans une nombreuse postérité, pouvaient, au soir de leur vie, contempler la route qu'ils avaient parcourue au cours d'étapes que leur affection réciproque avait rendues douces et faciles. Mais croit-on qu'il n'existe plus de mariages heureux ? La vie quotidienne vous démontre le contraire. En tous cas, les difficultés de l'époque actuelle rendent plus précaire la solidité du lien conjugal. C'est là un fait. M. Naquet le comprit, et c'est là l'origine de la loi du 27 juillet 1884.

A notre avis, une autre question peut se poser : étant donné la nécessité de rompre parfois le lien conjugal, le législateur a-t-il adopté un mode de divorce qui répond véritablement aux intérêts des époux et de la société ? Ces causes du divorce, admises par le Code, ne présentent-elles point un caractère empirique ? La procédure est-elle assez souple, ne gagnerait-elle point à être élaguée et simplifiée ? Faut-il resserrer ou élargir le champ d'application du divorce ? Les réponses à toutes ces questions seront déterminées par la conception que l'on s'en fait. Le considérez-vous comme la réparation d'un tort causé par un des époux à l'autre, comme un châtiment infligé à l'époux coupable ? Gardez alors le système du Code civil, énumérez soigneusement les causes du divorce. Voyez-vous au contraire en lui le remède à une situation sans issue ? Abandonnez alors les principes du Code, laissez au juge une indépendance absolue.

Quoi qu'il en soit, c'est la législation du Code civil qu'a restauré la loi de 1884. Quelles que fussent les

idées de M. Naquet sur le divorce, il ne pouvait en être autrement. Le but essentiel était de faire rentrer le divorce dans nos lois; on verrait après. Il était alors assez difficile de rétablir les règles édictées par le Code civil, qui apparaissent aujourd'hui à tant de juristes et de sociologues comme désuètes et archaïques.

Il convient de remarquer à cet égard que la loi du 27 juillet 1884 s'était bornée à abroger la loi du 8 mai 1816 et à rétablir le divorce tel que l'avait réglé le Code de 1804, en supprimant toutefois le divorce par consentement mutuel. On s'aperçut très vite que ces règles n'étaient plus en harmonie avec les tendances de la société et ses nouveaux besoins. Aussi, moins de deux ans après la loi de 1884, une nouvelle loi, celle du 18 avril 1886, venait remplacer par de nouvelles dispositions les articles 234 à 252 du Code civil, ceux qui, précisément, réglaient la procédure du divorce, et l'article 307 se référant à la séparation de corps.

DEUXIÈME PARTIE

La question du divorce dans notre Droit actuel.

Voici terminée la première étape de notre route. Dans les chapitres qui précèdent, nous avons essayé de dégager, sous l'angle de la procédure, les principes et la physionomie générale du divorce, depuis le jour où ce pros- crit, exilé de nos lois pendant des siècles, a fait une bruyante réapparition dans notre droit intermédiaire.

Au cours des développements qui vont suivre, nous allons tâcher de serrer de plus près l'objet même de cette étude : dans une première partie, nous examinerons quelle est la valeur actuelle des règles suivies par le Code civil pour déterminer les causes du divorce. Après nous être fait une opinion sur ce point, nous verrons ce que vaut la procédure du divorce et s'il n'y aurait pas lieu d'y apporter quelques modifications en la conservant, ou s'il ne vaudrait pas mieux briser le vieil outil et le remplacer par un instrument plus moderne, plus adapté aux besoins de l'heure présente.

Nous rappelons toutefois la solidarité étroite qui unit la question des causes du divorce et celle de la procé-

dure. Si nous envisageons le divorce comme la sanction d'une faute, d'un manquement à une des obligations nées du mariage, la procédure sera composée de règles nombreuses, précises et étroites; si, au contraire, le divorce est la consécration juridique d'une situation de fait découlant de l'impossibilité du maintien de la vie commune, la procédure sera extrêmement large : elle comprendra très peu de règles et se ramènera plutôt à l'énoncé d'un principe.

CHAPITRE PREMIER

Les causes légales du divorce et leur interprétation par la jurisprudence.

Ouvrez votre Code civil, lisez les articles 229 à 232 du Code et vous verrez énoncées les causes de divorce admises par la loi : condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante, adultère de l'un des époux, excès, sévices et injures graves de l'un d'eux à l'égard de l'autre. Cela paraît très simple. Le législateur, après avoir proclamé que le mariage, indissoluble par sa nature, ne peut se dissoudre que par la mort de l'un des époux ou par le divorce, énumère limitativement les causes qui, exceptionnellement, peuvent donner lieu au divorce. Rien ne semble plus simple que l'application, en jurisprudence, de ces règles qui apparaissent claires et précises, sans qu'elles puissent donner lieu à des divergences d'interprétation.

Que voyons-nous, d'autre part ? La question des causes du divorce a fait couler beaucoup d'encre. Sur le terrain même des règles posées par le Code, si on est d'accord sur l'étendue d'application des deux premières causes, adultère et condamnation à une peine afflictive et infamante, on discute longuement sur la portée d'application de la troisième cause : les excès, sévices et injures gra-

ves. D'aucuns estiment qu'il convient de donner un sens rigoureux et étroit à cette formule, et entendre par injures les seuls propos outrageants. D'autres, au contraire, ont interprété ce terme d'injures dans un sens extrêmement large et y englobent toutes les paroles, toutes les attitudes, tous les écrits par lesquels un des époux exprime à l'égard de son conjoint une hostilité, une animosité injustifiée. La jurisprudence a évolué dans ce sens et classe dans la catégorie d'excès, sévices et injures graves toute une série de faits que le législateur de 1884 n'avait pas considérés comme pouvant constituer des causes de divorce : soupçons injustifiés, paroles violentes prononcées dans un moment d'irritation, expressions un peu vives employées dans une lettre missive, tout cela peut, le cas échéant et avec un peu d'adresse, être invoqué comme causes de divorce. Il est indiscutable qu'à cet égard les faits ont dépassé la volonté du législateur. Celui-ci avait cru que le divorce serait un remède qui ne serait employé que dans des cas exceptionnels. Sous la poussée des mœurs, il tend à se généraliser et, pour aboutir, on torture des règles légales qu'on n'a pas eu le courage de modifier.

D'autres esprits, plus audacieux, ont demandé la modification des règles de notre Code restrictives du divorce et l'élargissement de ses causes. Certains ont proposé d'ajouter des causes nouvelles à celles déjà admises par le Code; d'autres ont demandé le divorce pour cause indéterminée à apprécier souverainement par le juge; une école demande le rétablissement du divorce par consentement mutuel et même le divorce par la volonté d'un seul; c'est le retour au régime du décret du 20 septembre 1792.

Avant d'aborder l'étude de ces propositions, examinons comment la jurisprudence interprète les textes du Code se rapportant aux causes du divorce.

En ce qui concerne l'adultère et les condamnations à une peine afflictive et infamante, nous aurons très peu à dire; en effet, les textes du Code qui s'y réfèrent sont d'une interprétation facile, et la jurisprudence a respecté sur ce point la volonté du législateur.

Quant à l'adultère, nous rappellerons simplement qu'il suppose l'union consommée des sexes et la volonté coupable chez l'époux qui le commet. La preuve de l'adultère résulte généralement d'un jugement du tribunal correctionnel condamnant l'époux coupable à une peine d'emprisonnement, en pratique générale à une simple amende, pour flagrant délit d'adultère constaté par le commissaire de police. C'est la procédure classique du constat d'adultère qui a fourni une matière abondante à la verve et à l'esprit des vaudevillistes et auteurs de romans joyeux. Il est à remarquer que l'adultère peut être prouvé par le témoignage et même à l'aide de simples présomptions. (Req., 13 novembre 1889, D. P., 90 1, 36.)

Aucune difficulté non plus pour la détermination de la condamnation à une peine afflictive et infamante. Le tribunal saisi de la demande en divorce devra faire droit à cette demande dès que l'époux demandeur démontrera l'existence, à la charge de son conjoint, d'une condamnation à une peine afflictive et infamante devenue définitive. Nous observerons qu'il convient d'apprécier la nature de la condamnation en faisant état de la peine effectivement prononcée, et non de la qualification des faits reprochés à l'inculpé et de la condamnation qui

pouvait en résulter : un individu inculpé d'un crime est condamné à une peine correctionnelle par l'admission des circonstances atténuantes; une condamnation à une peine afflictive et infamante aurait pu sanctionner les poursuites. En fait, c'est une peine correctionnelle qui a été prononcée : son conjoint, s'il n'a pas d'autres causes à invoquer, ne peut, sur le terrain des purs principes, obtenir le divorce.

La question se complique, ainsi que nous l'avons fait pressentir, lorsqu'on examine les excès, sévices et injures graves envisagés comme causes de divorce. Pour les excès et sévices, il est assez facile de voir quelle a été la pensée du législateur et de constater qu'en jurisprudence elle est respectée. Les excès, dans l'intention du législateur, ce sont les attentats à la vie de son conjoint commis par l'un des époux, c'est-à-dire toutes les voies de fait susceptibles de mettre ses jours en danger. Quant aux sévices, il faut entendre par cette expression les actes de cruauté, de brutalité, de violence, qui, sans mettre la vie de l'époux qui en est victime en danger, lui rendent impossible la vie commune. Que faut-il entendre par injures graves ? Il n'y a pas de critérium bien précis, heureusement d'ailleurs pour l'époux désireux de divorcer, car l'interprétation la plus large, chaque jour plus extensive, est donnée par la jurisprudence à cette cause; il est bien rare qu'un époux obstiné ne trouve pas dans l'attitude de son conjoint à son égard quelques situations qui, habilement mises en valeur, pourront être présentées comme des injures graves. Les juges possèdent d'ailleurs, à ce point de vue, un pouvoir souverain d'appréciation. L'injure, dans le sens étroit du mot, c'est tout ce qui porte atteinte à l'honneur d'une personne.

Nous allons voir comment la jurisprudence a interprété la règle de l'article 231 du Code civil.

Injures verbales et écrites. — La jurisprudence retient comme injures verbales les paroles qui sont l'expression d'un sentiment de haine et de méchanceté adressées par l'un des époux à son conjoint, et qui rendent à ce dernier la vie commune insupportable. Les paroles vives prononcées dans un moment d'irritation passagère ne sont pas, au contraire, des injures pouvant être retenues comme causes de divorce. On se rend compte immédiatement qu'il est difficile d'établir une ligne de démarcation précise entre les injures proprement dites, qui sont des causes de divorce, et les vivacités de langage, qui n'en sont pas. Il convient, pour le juge, de tenir compte du milieu social auquel appartiennent les époux et de l'éducation qu'ils ont reçue.

La jurisprudence a été très loin pour reconnaître le caractère d'injures à divers faits imputables à l'un des époux. Elle a admis que l'action en divorce ou en séparation de corps dirigée par un des époux contre son conjoint, et fondée sur des faits d'adultère qui ont été reconnus inexistants par la suite, peut constituer une injure grave. (Paris, 18 décembre 1908, D. P., 1909, 5, 10.) Cette jurisprudence nous paraît dépasser la pensée du législateur, puisque le fait pour le demandeur d'intenter une action en divorce n'est, au fond, que l'exercice d'un droit.

Nous voyons souvent à la quatrième page des journaux, si curieuse à observer pour le juriste, des avis par lesquels un mari croit devoir informer le public qu'il ne payera pas les dettes contractées par sa femme, qui a

quitté le domicile conjugal. Il a été jugé (Douai, 16 janvier 1857, D. P., 57, 2, 133) que cette annonce dans les journaux, si elle n'est pas justifiée par l'inconduite de la femme, peut être invoquée par celle-ci comme constituant une injure grave.

Il a été jugé que les injures adressées par l'un des époux, non pas à son conjoint, mais bien aux parents de celui-ci, peuvent constituer des injures graves et permettre à celui-ci d'obtenir le divorce. (Paris, 23 juin 1909, D. P., 1910, 2, 144.) Ces solutions jurisprudentielles paraissent très éloignées de l'intention du législateur, qui n'autorise un époux à demander le divorce qu'autant qu'il a été personnellement l'objet d'injures graves. Cette exigence du législateur est d'ailleurs nettement formulée dans l'article 231 du Code civil, qui décide que « les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices et injures graves de l'un envers l'autre ». Dans l'hypothèse ci-dessus visée, ce n'est pas un des conjoints qui a été la victime de l'injure, ce sont ses propres parents. A notre avis, seules les victimes de l'injure, sur le terrain des principes, ont le droit de demander réparation du préjudice qui peut leur avoir été causé; ce droit appartient en conséquence aux parents de l'époux, non à l'époux lui-même.

L'injure peut résulter non plus de paroles ou de lettres, mais encore du fait de l'un des époux.

Ainsi l'abandon du domicile conjugal. En lui-même, il ne constitue pas une cause de divorce. La jurisprudence décide qu'il peut la constituer s'il puise dans les circonstances un caractère injurieux, s'il est volontaire et décèle chez l'époux qui a abandonné le domicile conjugal la volonté de se soustraire à la vie commune qui est l'es-

sence du mariage. C'est encore là une question de fait à apprécier souverainement par le juge. Il en est de même du refus de cohabitation.

Quant à la communication du mal vénérien, il est généralement admis, en doctrine et en jurisprudence, que la communication du mal vénérien n'est pas nécessairement et par elle-même une injure grave justifiant une action en divorce. Pour qu'elle constitue une injure grave, il est indispensable que l'époux atteint de la maladie ait connu celle-ci au moment où ont eu lieu les rapports sexuels. (Douai, 7 janvier 1908, D. P., 1909, 5, 3.)

On peut également imaginer, en l'absence même de faits d'adultère proprement dits, que l'un des époux ait une attitude et une conduite offensantes pour son conjoint. Un mari peut avoir des fréquentations suspectes et s'exhiber en compagnie de personnes dont la tenue et la conduite autorisent toutes les suppositions; une femme peut pousser le flirt à un degré tel qu'il est possible que le mari puisse être blessé dans sa dignité et qu'un certain ridicule rejaillisse sur lui. Ces faits ne peuvent-ils pas, suivant les circonstances, le milieu social auquel appartiennent les époux, revêtir le caractère d'injures? La jurisprudence est nettement entrée dans cette voie. Une femme qui a avec un individu des familiarités telles qu'elle peut être considérée par des tiers comme sa maîtresse se rend coupable d'injure. (Caen, 30 juin 1891, D. P., 95, 2, 368.) Un arrêt de Cassation a même décidé que le fait pour un mari d'avoir avec un autre homme des relations purement spirituelles, mais susceptibles d'inquiéter la tendresse de sa femme et de créer du trouble dans la vie conjugale, peut être considéré comme une

injure grave à la charge du mari. (Req., 19 juillet 1909, D. P., 1909, 1, 503.)

Des difficultés sur lesquelles les tribunaux ont eu fréquemment à statuer depuis le rétablissement du divorce sont celles qui se réfèrent à l'opposition qui se manifeste parfois entre les époux en ce qui concerne les sentiments religieux. Le refus par l'un des époux de consentir à la bénédiction religieuse du mariage peut constituer une injure grave, alors surtout que l'époux de qui émane ce refus ne pouvait ignorer les sentiments religieux de son conjoint.

Quant à l'ivresse, elle ne peut être admise, en principe, comme constituant une injure. L'injure suppose un élément de volonté chez celui qui en est l'auteur; or, on ne saurait sérieusement soutenir que l'ivrogne s'enivre pour atteindre son conjoint dans son honneur, dans ses sentiments, dans sa dignité. C'est pour satisfaire, au contraire, sa propre passion. Mais si l'ivresse devient chez l'un des conjoints une habitude invétérée, constitue un scandale public atteignant son conjoint dans son honneur et sa réputation, elle peut revêtir alors le caractère d'injure grave. (Toulouse, 10 février 1898, D. P., 99, 2, 257.)

Les condamnations correctionnelles ont, elles aussi, à diverses reprises, été retenues par la jurisprudence comme injures graves. Cela peut surprendre, car, aux termes de la loi, les condamnations à une peine afflictive et infamante, seules, sont des causes de divorce. C'est vrai; mais on doit remarquer que les faits qui ont entraîné la condamnation à une peine correctionnelle de l'un des époux peuvent être une flétrissure pour son conjoint. Ce qui est la cause du divorce, dans cette hypo-

thèse, ce n'est pas la condamnation correctionnelle, mais le fait qui est à la base des poursuites. La condamnation de l'un des époux pour attentat à la pudeur commis sur un enfant de moins de treize ans constitue une injure grave. (Angers, 13 avril 1896, D. P., 96, 2, 459.)

Enfin, peut-on invoquer, au titre des injures graves, des faits antérieurs à la célébration du mariage ?

Bien que l'intention du législateur ne soit pas douteuse, certains arrêts admettent que les faits de nature à porter atteinte à l'honneur d'un des époux et commis par son conjoint antérieurement à la célébration du mariage peuvent être invoqués comme injures graves, (Lyon, 4 avril 1891, D. P., 92, 2, 219.)

CHAPITRE II

L'élargissement des causes du divorce.

Nous venons de brièvement analyser les causes du divorce limitativement énumérées par la loi. Il semblait au législateur de 1884 qu'étant donné la notion du divorce, considéré comme un remède à des situations exceptionnelles, comme un mal nécessaire, l'application de ces trois causes ne rencontrerait aucune difficulté et que la loi nouvelle, appliquée avec modération par les tribunaux, ne trouverait que des approbations. Hélas ! le législateur de 1884 se faisait des illusions sur la façon dont son œuvre serait appréciée. A mesure que les années s'écoulaient, la jurisprudence, d'une part, interprétait les règles du Code dans un sens de plus en plus extensif et admettait, pour prononcer le divorce, des motifs auxquels les auteurs de la loi de 1884 n'avaient jamais pensé. Un arrêt a décidé que le refus opposé par le mari à sa femme de l'autoriser à recevoir sa mère au domicile conjugal pouvait être, étant donné les circonstances, une injure grave permettant à la femme de faire prononcer le divorce. (Req., 30 novembre 1898, D. P., 98, 1, 358.) C'est, nous semble-t-il, donner un sens un peu large à l'article 231 du Code civil. Sans doute, cette attitude du mari est de nature à blesser sa femme

dans ses sentiments les plus légitimes; sans doute, cette attitude du mari mérite-t-elle d'être jugée sévèrement. Est-ce une raison suffisante pour faire rompre le lien conjugal? Nous ne le croyons pas. C'est peut-être une cause de divorce sur le terrain de l'équité, non assurément au sens de l'article 231. L'injure doit être dirigée directement par l'un des époux contre l'autre; celui-ci doit en être l'objet immédiat. Le mari dont nous critiquons justement la conduite a commis une injure vis-à-vis de sa belle-mère; il a pu causer de la douleur à sa femme; il ne l'a point injuriée. Le divorce est la rupture du lien conjugal; il ne doit jouer qu'autant que l'injure de l'un des époux atteint directement l'autre époux, qu'autant que l'injure a été adressée dans l'intimité de la vie conjugale. Etant donné les principes qui régissent l'autorité maritale et auxquels ne font pas échec formellement les dispositions relatives au divorce, il ne semble pas possible de voir une injure, cause de divorce, dans l'attitude du mari relatée dans l'espèce précitée.

Le législateur de 1884 a rendu la vie à l'article 231 du Code de 1804. Or, si l'on examine de près les travaux préparatoires de ce Code, on se rendra parfaitement compte que le législateur de 1804 n'avait eu en vue que les faits présentant un caractère grave, qui sont au moral ce que les excès et sévices sont au physique, et constituant une infraction aux obligations du mariage. C'est cette idée que développe Savoie-Rollin dans son rapport au Tribunat. (*Séance du 27 ventôse an xi*; Fenet, tome IX, p. 490.) « Les expressions d'injures graves, dit Savoie-Rollin, n'ont pas la même précision, mais d'abord leur rapprochement de celle d'excès et sévices indique qu'elles sont au moral ce que les autres sont au physique; les

premières sont, si l'on peut ainsi parler, la violence des corps, et les secondes la violence des sentiments. Ensuite la nature de l'action intentée, son importance morale et civile, la sévérité même de la loi dans son accueil au divorce avertissent assez du véritable sens attaché à ces expressions. » Ainsi donc, dans la pensée des rédacteurs du Code, seule l'injure faite par l'un des époux à son conjoint peut constituer une cause de divorce; les injures faites à des tiers, bien que susceptibles de blesser un des conjoints, ne revêtent pas les caractères des faits injurieux prévus par l'article 231.

D'autre part, par injures le législateur de 1804 paraît bien avoir eu surtout en vue les propos calomnieux et diffamatoires, si bien qu'à un moment on hésite entre la formule « injures graves » et l'expression « propos diffamatoires » (qui fut même adoptée dans la séance du 6 nivôse an x; Fenet, tome IX, p. 374). On revint, sans doute, à l'expression « injures graves », sur la proposition de la section de législation du Tribunat. (*Séance du 5 vendémiaire an xi*; Fenet, tome IX, p. 438.) Il n'en reste pas moins que cette hésitation indique bien le sens que les rédacteurs du Code assignaient à l'expression « injures graves » et que ce terme n'a été adopté que pour permettre au juge d'apprécier le fait invoqué avec plus de liberté; mais l'idée reste toujours la même.

En second lieu, malgré tout son désir de plier les règles du Code aux problèmes posés par les malentendus conjugaux, la jurisprudence n'a pu cependant franchir certaines limites : certaines audaces sont impossibles. Sont intervenus alors, en rangs serrés, des juristes, des publicistes, des littérateurs, des auteurs dramatiques, des hommes politiques, qui ont proclamé, dans l'intérêt

supérieur de l'humanité, la nécessité d'aller plus à gauche, si l'on ose s'exprimer ainsi, d'étendre les causes du divorce admises par la loi de 1884, qui apparaît à tant d'esprits contemporains comme désuète et surannée. Cette loi a été un modeste début, pensent-ils, une brèche faite dans un mur dont les pierres sont des préjugés et des principes démodés; continuons l'œuvre de démolition et d'assainissement, et dans cette large trouée passera une brillante clarté, celle de la liberté, dont le rayonnement apportera l'espérance et la confiance en un avenir meilleur aux époux qui se sont trompés et qui sont rivés par une chaîne, survivance des âges de superstition et d'obscurantisme.

Comme dans tout mouvement, il y a parmi ses promoteurs des enthousiastes qui marchent les yeux fixés sur un but étincelant; il y en a d'autres qui sont plus timides, qui regardent parfois en arrière et qui éprouvent peut-être un peu d'inquiétude à mesurer le chemin parcouru. Ces derniers se contentent de demander l'adjonction de nouvelles causes de divorce à celles déjà admises par la loi.

C'est la méthode très connue de ceux qui répugnent à renverser un système existant et préfèrent le mettre à la mode du jour en ajoutant quelques superstructures à l'édifice. En somme, ce qu'ils préconisent, c'est l'élargissement du divorce par l'adjonction de nouvelles causes.

L'assimilation de l'aliénation mentale à une cause de divorce a d'abord été demandée. On ne saurait contester, en effet, le caractère douloureux de la situation dans laquelle se débat l'époux de l'aliéné : une incertitude cruelle plane sur sa vie. Est-il permis d'espérer que le

malade guérira ? Doit-on considérer, au contraire, que sa folie est incurable ? Il peut d'ailleurs arriver qu'une amélioration se produisant, l'aliéné revienne à son foyer, et puis, une nouvelle crise de folie survenant, un nouvel internement soit rendu nécessaire. Le mariage est l'association de deux destinées humaines : peut-on parler de destinée humaine lorsque la folie retranche un des époux de la vie, de l'intelligence et du cœur ? Le fou existe, il ne vit pas. Le mariage a pour essence la vie commune et la procréation d'enfants. Ce double but ne peut être atteint lorsque l'aliénation mentale exile un des conjoints, non seulement derrière les hautes murailles d'un asile d'aliénés, mais encore loin de l'humanité, dans un monde fait d'images désordonnées, d'où sont bannis le discernement et la raison. Sans doute, on peut répliquer que les devoirs de secours qui dérivent du mariage obligent l'époux de l'aliéné à rester uni à son conjoint et à lui apporter, dans la mesure où les circonstances le permettent, son aide et sa pitié. Ce raisonnement très humain serait parfaitement juste s'il s'agissait d'une maladie qui, rendit-elle le malade un objet d'horreur, lui laisserait cependant une part d'intelligence et de sentiment : l'époux pourrait alors se pencher sur le malade et lui apporter ses soins et le secours de sa tendresse. Ces secours sont sans efficacité quand il s'agit d'un aliéné incurable. Et voilà pourquoi il est permis d'admettre que l'aliénation mentale constitue une cause de divorce. Le divorce devrait, dans l'intérêt des époux, être subordonné à certaines conditions. D'une part, il ne pourrait être prononcé qu'autant que la folie serait reconnue incurable par plusieurs spécialistes des maladies mentales, qui affirmeraient cette incurabilité, après avoir juré que leur

diagnostic est formulé en leur âme et conscience; cette déclaration des médecins pourrait avoir lieu devant le tribunal et emprunterait à cette circonstance une solennité justifiée par l'importance et la gravité des conséquences de leur verdict. D'autre part, car l'adage *errare humanum est* est d'une application très générale, pour éviter un divorce suivi d'une guérison inattendue de l'aliéné, le divorce ne pourrait être prononcé qu'après l'expiration d'un certain délai ayant pour point de départ la déclaration précitée. Enfin, le divorce n'étant pas la sanction d'une faute, la réparation d'un préjudice, mais étant la conséquence d'une douloureuse fatalité, la liquidation des intérêts pécuniaires des époux devrait se faire en tenant compte de ce fait qu'il convient d'adoucir, dans la mesure du possible, le sort du malheureux aliéné. Au cas où la fortune de celui-ci serait insuffisante pour atteindre ce résultat, son conjoint pourrait se voir condamner par la justice à lui payer, eu égard à ses facultés, une pension viagère.

On a proposé également d'ajouter à la liste des causes du divorce l'absence. Aux termes de l'article 139 du Code civil, « l'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence ».

Il résulte de ce texte :

1° Que l'époux de l'absent ne peut contracter une nouvelle union. Donc, l'absence n'est pas une cause de divorce, le mariage ne se dissolvant que par le divorce ou la mort de l'un des époux. La loi prohibe tout mariage à l'époux de l'absent;

2° Cette défense de la loi est un simple empêchement

prohibitif, en ce sens que le nouveau mariage contracté par l'époux de l'absent est valable tant que l'absent n'a pas reparu. Si l'absence prend fin par la preuve de l'existence de l'absent, l'action en nullité du mariage contracté par son conjoint appartient à l'absent lui-même ou à son fondé de pouvoir. Si l'absence prend fin par la preuve du décès de l'absent, on admet généralement que l'action en nullité du mariage est éteinte, puisqu'elle a disparu avec l'absent, qui avait seul qualité pour l'intenter.

De tout ceci, il résulte que l'absence n'est pas une cause de divorce et que, tant que l'absent vit, il peut intenter l'action en nullité du mariage contracté par son conjoint, conformément aux dispositions de l'article 159 du Code civil.

Que penser de la proposition tendant à voir classer l'absence parmi les causes de divorce ?

Un point à retenir : le nombre des absents a diminué de façon constante, en raison de la facilité des communications; un décès survenu au Japon ou à la Nouvelle-Zélande est, dans la plupart des cas, connu rapidement en France. On peut donc dire que la catégorie des absents, dont les intérêts méritent d'être sauvegardés, a diminué considérablement celle des absents à qui les circonstances n'ont pas permis de donner de leurs nouvelles. C'est là la forme romantique de l'absence, celle que l'on connaissait surtout avant le dix-neuvième siècle. Supposez Chateaubriand vivant et mourant chez les Natchez, au cours de son voyage en Amérique, et vous aurez le type classique de l'absence.

A mesure que le nombre de ces absents disparaissait, une autre catégorie d'absents augmentait. Nombre d'in-

dividus, les uns célibataires, les autres mariés, surtout des mariés, sont souvent saisis par un désir violent de fuir leur milieu, leurs soucis, leurs occupations, de voir des horizons nouveaux, en un mot de vivre leur vie. Et, pour fuir les responsabilités, ils n'hésitent pas à rompre toute attache avec leurs parents, leurs enfants, leurs époux. Ceux-ci ignorent, parfois depuis des années, la résidence actuelle du fugitif ou de la fugitive qui, sur une terre étrangère ou dans une grande ville, savoure le bonheur d'être libre, à moins que, lassé de cette liberté, il ne se soit créé un foyer irrégulier. C'est la forme moderne de l'absence, beaucoup moins digne d'intérêt que l'autre; aussi peut-on accorder à l'époux de l'absent le droit de demander contre celui-ci le divorce lorsque l'absent n'aura pas donné de nouvelles pendant un certain temps, trois ans au moins, par exemple. De plus, la procédure pourrait être précédée par une enquête au sens large, ordonnée par le juge, et qui aurait pour objet de faire rechercher la trace du disparu et de faire connaître s'il y a réellement absence. De plus, la procédure pourrait être marquée de points d'arrêt et le jugement entouré de formalités de publicité complémentaires.

La question nous paraît d'ailleurs d'un intérêt plus théorique que pratique. En effet, il nous paraît bien, étant donné les tendances actuelles de la jurisprudence, qu'on peut considérer l'absence comme un abandon du domicile conjugal et fonder sur cet abandon, qui constitue une injure grave, une action en divorce contre l'absent : elle aboutira à un jugement prononçant le divorce par défaut, faute par le défendeur de comparaître.

Il a été également question de spécifier dans la loi d'autres causes de divorce, ainsi le dérèglement de mœurs

notoires, l'ivrognerie habituelle, le refus d'entretien, le refus de cohabitation, les dissentiments religieux, les fausses dénonciations et les calomnies contre le conjoint (Questionnaire de M. Ambroise Collin, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, année 1908, page 107), ainsi que l'acquisition de gains déshonnêtes. La question nous paraît susceptible d'intéresser surtout les théoriciens, car, en fait, tous ces actes sont considérés comme des injures graves toutes les fois qu'ils infèrent le plus léger préjudice moral au conjoint de l'époux à qui ils sont imputables. Sur le terrain du droit pur, la question, comme nous l'indiquions, présente un intérêt plus vif; la jurisprudence a dépassé la pensée première du législateur, sous la pression des mœurs, tout ceci avec la plus entière bonne foi. Ces solutions extra-légales, parfois divergentes, ne devraient-elles pas se fondre dans une unité harmonieuse? Cela paraît souhaitable. Il semble difficile, en effet, d'imprimer un mouvement rétrograde à la jurisprudence. Celle-ci est en quelque sorte influencée par l'opinion publique et par les mœurs, qui, lorsqu'elles ne peuvent faire plier le législateur et lui imposer une modification législative, transportent leurs attaques sur un autre terrain, celui des tribunaux et juridictions, et là elles déclenchent, au cours de ces luttes individuelles que sont les procès, des attaques multipliées et réitérées qui finissent souvent par ébrécher les principes que le juge était chargé d'appliquer. Ce n'est plus une offensive d'ensemble, se prolongeant pendant quelques semaines; c'est un travail de sape qui dure souvent pendant des années et parfois des siècles. Dès lors, il semble bien que le législateur doit faire le premier pas et adapter la loi aux données actuelles de la jurisprudence.

C'est un procédé à rebours : il est le seul, semble-t-il, qui permet d'établir l'harmonie entre l'œuvre du législateur et celle du juge.

Pour émettre une opinion justifiée sur ces diverses questions, on ne saurait discuter sans prendre parti sur la question de savoir comment le divorce doit être considéré.

Nous l'avons indiqué sommairement à plusieurs reprises, on peut envisager le divorce de deux manières, en ce qui concerne les causes déterminées, qu'il s'agisse de causes limitativement énumérées par le Code civil, ou qu'il s'agisse au contraire de causes déterminées qu'on propose d'ajouter dans la loi.

On peut d'abord admettre que le divorce est la sanction d'un tort commis par l'un des époux et dont souffre son conjoint, d'une violation d'une obligation issue du mariage. C'est, dans son ensemble, le système suivi par le Code civil; ainsi, les époux sont tenus de l'obligation de fidélité : si l'un des époux se rend coupable d'adultère, l'autre époux est fondé à intenter contre lui une action en divorce. Dans ce système, on dégage très bien que les rédacteurs du Code ont assimilé le mariage à un contrat : diverses clauses peuvent être stipulées dans une convention; si l'une des parties commet une infraction grave à l'une de ces clauses, l'autre partie est admise à demander la résiliation du contrat. Le mariage est générateur d'obligations déterminées, fondées sur l'intérêt des époux et sur celui de la société; un manquement à une de ces obligations justifie une demande en divorce : voilà quelle est l'idée fondamentale des rédacteurs du Code civil. Par contre, un des époux pourra subir le contre-coup d'une faute commise par son con-

joint, mais ne constituant pas une infraction à une obligation matrimoniale, le divorce ne pourra être prononcé; un événement pourra rendre la vie commune impossible, les époux ne pourront rompre leur union. Cette conception étroite du divorce ne saurait d'ailleurs nous étonner, si nous nous rappelons l'idée que les rédacteurs du Code se faisaient du mariage : contrat sans doute, mais contrat d'une nature spéciale, perpétuel par sa nature, indissoluble dans son principe, puisque la société et les enfants y sont intéressés.

Les causes du divorce seront plus étendues, si l'on voit dans le divorce non seulement la sanction d'un manquement à une obligation découlant du mariage, mais encore la sanction d'une faute commise par l'un des époux et qui infère un préjudice à son conjoint, mais faute qui est étrangère aux obligations nées du mariage. C'est une notion nouvelle qui est née et s'est développée après le rétablissement du divorce par la loi de 1884 de l'interprétation extensive des règles du Code données par la jurisprudence, en ce qui concerne les injures graves. Celles-ci ne justifiaient une demande en divorce qu'autant qu'elles consistaient en propos diffamatoires ou offenses dirigées par l'un des époux contre l'autre. La jurisprudence actuelle décide que tout acte commis par l'un des conjoints et duquel résulte pour l'autre époux une blessure morale, nous dirions même un trouble apporté à sa paisible jouissance du bonheur ou tout au moins de la tranquillité conjugale, constitue une injure grave. Dans cette deuxième catégorie, nous rangerons tous les faits qui, par une interprétation extensive donnée par la jurisprudence, ont aujourd'hui la possession d'état d'injures graves, si l'on ose se permettre cette

expression : dérèglement de mœurs, absence, communication d'une maladie vénérienne, calomnies, dissentiments religieux, etc... Ainsi, nous venons de voir qu'il est hors de doute que la pensée du législateur a été dépassée sous l'influence des faits et, ce point acquis, qu'il est nécessaire que la jurisprudence revienne sur ses pas ou que le législateur mette les règles légales au niveau des résultats atteints aujourd'hui par la jurisprudence.

Que penser de cette dernière réforme ? Elle est, comme toute réforme, réclamée ardemment par les uns, dénoncée par les autres comme une œuvre antisociale et destructrice de la famille, les premiers paraissant toutefois plus nombreux que les seconds. Quant à nous, s'il nous est permis d'exprimer modestement notre avis, et cet avis ne peut être que provisoire, nous verrons tout à l'heure pourquoi il nous semble bien difficile, si l'on admet le divorce et si on le place hors de discussion, de s'opposer à l'admission dans notre Code des nouvelles causes proposées. Le mouvement des idées et l'évolution des esprits se sont chargés d'ailleurs d'en faire sinon des causes légales, du moins des causes de fait, dont l'existence est révélée chaque jour par de nouveaux jugements et de nouveaux arrêts. Qu'on ajoute donc, si l'on veut, de nouvelles causes déterminées de divorce à celles qui existent déjà : cela ne changera rien. D'ailleurs, quand ces nouvelles causes seront inscrites dans notre Code, d'autres causes apparaîtront sur le terrain du droit appliqué, et on s'apercevra bientôt qu'il est nécessaire d'en faire l'objet de nouvelles dispositions légales. L'esprit humain ne s'arrête jamais : à peine satisfait, il découvre de nouveaux besoins. Ainsi donc, les articles

du Code énonçant les causes du divorce risquent un jour de remplir plusieurs pages de ce Code. Nous sera-t-il permis d'ajouter que cette méthode ne nous paraît pas la meilleure ? Une énumération n'est jamais complète; il est préférable, aussi bien pour les théoriciens que pour les hommes de pratique, d'être guidé par des principes clairement exprimés, dont il est facile de déduire les conséquences logiques; cela vaut mieux que d'être dans l'obligation de consulter une sorte de table énumérative, d'où est absent tout principe, où l'on ne découvre jamais la pensée du législateur, tous les abus étant d'ailleurs possibles à la faveur de cette obscurité.

Enfin, on peut imaginer comme causes déterminées du divorce certaines causes qui ne sont pas imputables à l'un des époux, qui sont exclusives de toute faute de sa part, mais qui rendent impossible la vie commune : dans cette dernière catégorie, on peut classer la folie incurable, la maladie incurable et dégoûtante, l'absence. Ici, la jurisprudence n'a pas favorisé les projets des partisans de l'extension des causes du divorce; elle est restée fidèle, sur ce point, aux conceptions du Code civil, qui n'admet comme causes que celles consistant dans la violation par un des époux d'obligations résultant du mariage. Le législateur de 1804 a pensé que la survenance d'une maladie, comme la folie, ne pouvait justifier une demande en divorce, qu'admettre cette solution serait aller à l'encontre des devoirs d'aide, d'assistance et de secours, qui sont l'essence du mariage.

Ces faits, constituant une troisième série de causes, doivent-ils être admis par notre droit comme causes légales de divorce ? Nous donnerons à cette question la réponse que nous formulons quelques lignes plus haut :

un jour ou l'autre, ces diverses situations seront érigées à la hauteur de causes de divorce.

D'autres esprits d'avant-garde ont rêvé d'introduire dans notre législation le divorce par consentement mutuel. Il convient d'abord de bien s'entendre sur cette expression. On peut, en effet, imaginer deux formes de divorce par consentement mutuel, qui ont été successivement adoptées par la loi française.

La première, c'est celle du décret du 20 septembre 1792, que nous avons analysée dans la première partie de cette étude. C'est le divorce par consentement mutuel dans toute son ampleur, dans le sens le plus large. Par le seul accord de leur volonté, les époux peuvent briser le lien conjugal, de même que ce seul accord a été nécessaire, mais a suffi pour le former. Le divorce peut être prononcé, suivant ce système, sans aucune autre cause, ou plutôt sans autre cause que la volonté des époux de divorcer. Cette formule a fait faillite, puisque nous connaissons les effets déplorables qu'elle engendra pendant tout le cours de la Révolution. Aujourd'hui même, elle ne paraît pas rallier autour d'elle beaucoup de partisans, et il semble bien que la même cause engendrerait les mêmes effets. Ressusciter les principes du décret de 1792 aboutirait à développer encore le divorce, ce qui serait un résultat moins souhaitable que jamais, dans la période agitée qui succède à la guerre, à un moment où la société, pour s'adapter à un ordre nouveau, n'a pas trop de tous les éléments d'apaisement et de reconstitution, au nombre desquels la famille figure au premier rang. Le résultat qu'il convient d'obtenir, c'est moins l'extension du divorce que sa refonte, qui permettrait de ne le prononcer qu'à bon escient et qui

aurait pour conséquence de le rendre moins facile. Le divorce ressemble, en effet, à un de ces torrents qui menacent de tout emporter; il ne faut pas élever de digues inutiles, qui seraient enlevées elles aussi par le courant; il ne faut pas non plus lui laisser le champ libre. Ce qui est nécessaire, c'est de le canaliser, le contenir dans des limites suffisamment larges pour qu'il puisse suivre son cours sans rien briser, c'est l'apaiser, rendre son cours normal, en un mot l'organiser. Le divorce par consentement mutuel, du décret du 20 septembre 1792, est précisément la négation de toute organisation.

L'autre forme du divorce par consentement mutuel est plus étroite, mieux organisée; c'est celle instituée par le Code de 1804, qui disparut lors de la suppression du divorce, en 1816, et qui n'a pas été reprise lors de son rétablissement, en 1884. Nous rappelons qu'à vrai dire ce divorce n'est pas un divorce qui n'a d'autre cause que la volonté des époux; c'est un divorce à cause sous-entendue, dissimulée dans l'intérêt des époux, de leurs enfants, de la société, soumis à des formalités et à des conditions nombreuses et compliquées. C'est cette forme de divorce que d'aucuns songent à remettre en vigueur.

Que penser de l'opportunité d'une pareille mesure? Ce mode marque incontestablement un progrès sur le précédent. Si on l'adoptait, il serait nécessaire toutefois de modifier la procédure; les seuls éléments qu'il conviendrait de conserver seraient tout d'abord les formalités préliminaires de la procédure et les déclarations successives : ces déclarations répétées à quatre reprises, la requête en divorce présentée au juge dans la première quinzaine de l'année qui court de la première déclaration sont indispensables pour éprouver la volonté des époux

et pour éviter de faire du divorce la consécration d'une fantaisie passagère. Cette procédure nous paraît admissible et devoir s'imposer au cas où le divorce par consentement mutuel serait rétabli en France. Certains détails pourraient disparaître; la présence des notaires à chaque déclaration paraît superflue et le procès-verbal qu'ils dressent pourrait aussi bien l'être par le greffier. Les conditions de l'admissibilité de l'action méritent un plus sérieux examen : nous savons que le divorce n'est plus recevable lorsque l'époux a moins de vingt-cinq ans et si la femme n'est pas majeure de vingt et un ans, et que le divorce n'est plus autorisé lorsque le mariage a duré plus de vingt ans et que la femme a plus de quarante-cinq ans. La première irrecevabilité nous paraît devoir être conservée; il est indispensable que les époux aient une maturité d'esprit suffisante pour se rendre compte de l'importance et des conséquences de leur décision. Les autres conditions d'admissibilité nous paraissent plus critiquables; pourquoi ne pas admettre le divorce lorsque le mariage a duré plus de vingt ans? Gillet avait dit éloquemment : « Ne rejetez pas le joug auquel vous êtes accoutumés; il ne vous est pas insupportable puisque vous y fûtes assorti si longtemps. » C'est une réflexion de bon sens. Toutefois, il n'est pas impossible qu'une cause de divorce surgisse après de longues années de mariage. Deux autres particularités de la procédure paraissent devoir également disparaître : l'obligation pour les époux d'obtenir le consentement persistant de leurs parents et celle, pour chacun des époux divorcés, de transmettre la moitié de leurs biens aux enfants issus du mariage. D'une part, il ne paraît pas possible, en l'état actuel de nos mœurs, à un moment où le législateur, en matière de

mariage, restreint chaque jour un peu plus l'autorité des parents, d'imposer aux époux l'obligation d'obtenir l'autorisation de ceux-ci. Quant à la transmission obligatoire de la moitié des biens aux enfants, nous serions tenté de croire qu'elle constitue le véritable moyen de s'opposer à la multiplication des divorces ; beaucoup d'époux désireux de divorcer hésiteraient à la pensée de se dépouiller, sauf le droit d'usufruit, jusqu'à la majorité de leurs enfants, de la moitié de leurs biens. Ces rédacteurs du Code civil étaient de merveilleux psychologues, analystes expérimentés de l'âme humaine qui souvent n'incline au renoncement et au sacrifice que parce qu'elle obéit à un intérêt. Il est toutefois permis de souligner les inconvénients qui résulteraient d'un partage, à un moment où le patrimoine est beaucoup moins divisible qu'autrefois, engagé qu'il est très souvent dans des opérations commerciales et industrielles.

Un dernier mot sur le divorce par consentement mutuel. Sans doute, dans l'esprit des rédacteurs du Code, il n'est pas prononcé sans l'existence de griefs d'un des conjoints contre l'autre, puisque sa raison d'être est de les dissimuler. Mais croit-on sincèrement que si ce mode de divorce était rétabli, il ne constituerait pas simplement dans bien des cas un consentement mutuel pur et simple, sans aucune autre cause que l'incompatibilité d'humeur ou la fantaisie des deux époux ? Le législateur a voulu qu'il ne servît qu'à cacher une cause honteuse, qui restera un secret des deux époux ; dépendra-t-il de sa volonté que le divorce par consentement mutuel ne soit utilisé à d'autres fins ? Il est loisible aux époux de le détourner de son but ; la loi s'en remet en quelque sorte aux époux, partant l'obligation qu'il édicte est dépourvue de sanction. Que vaut une obligation sans sanction ?

D'ailleurs, qu'il s'agisse du consentement mutuel du décret de 1792 ou de celui établi par le Code civil, il ne nous paraît pas que notre époque ni notre société soient à point pour le voir adopter par nos lois. Que notre législation sur le divorce doive être modifiée de fond en comble, il semble difficile de le contester. Mais le divorce par consentement mutuel ne paraît pas être à cet égard la formule de l'avenir, du moins la formule utile et la plus conforme aux intérêts de la société. Nous devons partir de cette idée que le divorce est nécessaire, mais qu'il doit être réservé à dénouer des situations qui ne peuvent se prolonger sans de graves dangers ; la règle doit être l'indissolubilité du mariage, en ce sens que, lorsqu'ils se marient, les époux doivent se considérer comme unis pour la vie et que l'idée d'une porte de sortie ne doit même pas effleurer leur pensée. Sans doute des situations nouvelles peuvent se créer, conséquences d'une faute de l'un des conjoints ou indépendante de leur volonté ; la vie commune, essence du mariage, génératrice de la communauté d'intérêts, peut être incompatible avec ces situations nouvelles. Que le divorce vienne au secours de l'époux victime de son conjoint ou des deux époux frappés par un coup du destin, nous l'admettons. Mais les époux eux-mêmes ne doivent pas être leurs propres juges en matière de divorce : le mariage les a arrachés à l'individualisme pour les unir et les mêler dans une union de la chair, du cœur et des esprits, pour en faire, dans l'intérêt de la race, une union harmonieuse et féconde. L'existence de cette association est trop intimement liée au développement de la race pour que les époux puissent décider, de par leur propre volonté, du maintien ou de l'anéantissement de leur association ; il est indispensable qu'un pouvoir extérieur impartial et

indépendant soit saisi des difficultés qui peuvent la gêner dans la réalisation de ses fins, et examiner si l'association conjugale peut triompher de ces obstacles ou si au contraire ils s'opposent à son fonctionnement normal. Et, à cet égard, les idées des rédacteurs du Code civil touchant l'indissolubilité du mariage et le caractère exceptionnel du divorce sont les nôtres. Le divorce par consentement mutuel proprement dit leur a paru être une source d'immoralité et, pour cette raison, ils l'ont écarté de nos lois. Après bien des discussions, nous l'avons vu, ils ont adopté un divorce par consentement mutuel qui, au fond, est un divorce à cause déterminée, masqué sous le déguisement d'un divorce par consentement mutuel ; ce divorce, nous estimons qu'il est dangereux parce qu'il dépend de la volonté des époux de le détourner de son but. Telles sont les raisons qui nous le font rejeter. On a dit que ce mode avait pour avantage de liquider une situation douloureuse, sans qu'un déshonneur rejaillît sur la famille et en particulier sur les enfants ; cet argument n'est pas sans réplique : on peut éviter tout scandale en créant pour l'action en divorce une procédure plus intime, comme nous le verrons en étudiant d'une façon plus directe la procédure.

Enfin la formule ultra-moderne, nous la connaissons par des articles de revues ou de journaux, et aussi par les propositions de MM. Paul et Victor Margueritte, c'est le divorce par la volonté d'un seul des époux : d'un coup de plume, on efface plus d'un siècle d'évolution juridique et nous sommes ramenés aux belles journées qui virent les premières applications des règles édictées par le décret du 20 septembre 1792.

MM. Paul et Victor Margueritte, bien que n'appartenant

pas au Parlement, ont, dans leur ouvrage : *L'Elargissement du Divorce, exposé des motifs et propositions de loi*, formulé un projet de divorce par la volonté d'un seul des époux. A dire vrai, le divorce ne résulte pas, dans leur système, d'une simple notification adressée par l'époux demandeur à son conjoint. Ils ont imaginé une procédure qui ressemble un peu à celle du décret du 20 septembre 1792 : la demande est formée devant un tribunal arbitral réuni à la mairie et elle est renouvelée à époques déterminées ; le divorce est ensuite prononcé par l'officier de l'état civil.

Un projet de loi a été également déposé par M. Violette, le 19 février 1907. Il n'admet le divorce par volonté unilatérale que dans deux hypothèses : aliénation mentale et abandon du domicile conjugal.

Comment juger le divorce par la volonté d'un seul des époux ? A notre avis, c'est la négation même du mariage. Le divorce par consentement mutuel, organisé par le Code de 1804, est au moins défendable ; le divorce par volonté unilatérale, non. A admettre ce mode de divorce, il vaudrait mieux parler purement et simplement d'union libre ; si la durée du mariage n'est pas garantie par la loi, si un conjoint peut contracter, au cours de son existence, une ou plusieurs unions passagères, la famille humaine disparaît et la race se rapproche de l'animalité ; il n'est plus possible dès lors de parler d'organisation sociale, nous en arrivons à une sorte de polygamie ou de polyandrie dans le temps. Le mariage est exclusif du divorce par volonté unilatérale. A Rome, il est vrai, la répudiation a existé, mais peut-on assimiler la famille romaine à la famille française ? Dans la Rome antique, le droit de répudiation n'est que la conséquence de la toute-

puissance du chef de famille, c'est parce que le *pater familias* était dans sa famille un véritable juge qu'il pouvait répudier son épouse ; à qui aurait-il pu s'adresser pour faire prononcer le divorce puisque le juge, représentant de la puissance publique, n'avait pas qualité pour examiner et trancher les différends qui pouvaient naître dans une famille ? Faut-il ajouter que l'austérité des mœurs était le meilleur correctif du pouvoir absolu du père de famille ? Dans notre société moderne, le mariage repose sur une notion toute différente : égalité de l'homme et de la femme qui unissent leurs joies et leurs peines. Il n'y a plus de *patria potestas* et le mari n'est plus un juge à son foyer. Comment comparer la Rome ancienne, composée de quelques centaines de familles, dont les membres étaient unis les uns aux autres par la *patria potestas* fortifiée par l'austérité des mœurs, avec notre société moderne, où les familles isolées et sans défense, dans le courant de la vie, n'ont d'autre lien que l'affection des époux et la communauté des intérêts ? Si la volonté d'un seul des époux suffit à dissoudre cette famille, notre société sera composée d'une poussière d'individus. Comment concevoir, d'autre part, que des époux pourraient consentir à la procréation d'enfants si la volonté de l'un d'eux peut anéantir brutalement l'union conjugale, condition du développement de l'enfant ?

Comme conclusion des développements qui précèdent, on pourra nous objecter, avec quelque apparence de raison, que, tout en admettant le divorce, nous ne laissons pas d'adresser des critiques à tous les modes de divorce que l'on propose d'adopter ; les règles du Code civil sont trop étroites, nous n'admettons pas qu'on y ajoute de nouvelles causes de divorce ; d'autre part, le

consentement mutuel et le divorce par volonté unilatérale ne nous paraissent pouvoir être admis. Quelle est donc la solution que nous proposons ?

Avant de la proposer, nous tenons à préciser les deux données de cette proposition.

D'une part, nous estimons que le divorce ne peut être prononcé que par le juge, qui rendra sa décision après avoir examiné les prétentions des parties et apprécié la valeur des griefs qu'elles auront formulés. D'après les règles fondamentales de notre droit, nul ne peut se faire justice soi-même, pas plus dans le domaine du divorce qu'en toute autre matière. De plus, le divorce touche aux fibres les plus profondes, les plus intimes de l'organisme social. Dès lors, les époux ne peuvent pas être juges de la gravité des griefs ou des événements indépendants de leur volonté qui rendent impossible le maintien de la vie commune ; il est indispensable qu'une autorité indépendante et impartiale examine la situation. Cela nous suffit pour repousser le divorce par consentement mutuel et le divorce par la volonté d'un seul des époux.

D'autre part, nous estimons qu'il est impossible d'énumérer les causes du divorce. Leur nombre est impossible à fixer une fois pour toutes. A vouloir les énumérer, on tombe dans l'empirisme et aussi dans l'arbitraire ; nous avons touché du doigt le danger en examinant la façon dont la jurisprudence a appliqué les règles posées par le Code civil en ce qui concerne les injures graves et la divergence qui s'est établie entre les principes et les solutions jurisprudentielles, grave inconvénient pour l'administration d'une bonne justice. Dès lors, nous repoussons l'adjonction, dans notre Code, de nouvelles causes de divorce.

Ces données posées, voici quel est notre raisonnement : la loi peut énumérer, si le législateur le désire, les causes du divorce, mais c'est une précaution inutile. En réalité, il n'y a pas de causes de divorce, il y a une cause de divorce, et elle consiste dans l'événement qui rend impossible le maintien de la vie commune. Cette cause éternelle peut se matérialiser sous la forme de faits d'adultère, sous la forme d'injures graves, sous celle d'abandon du domicile conjugal, sous celle de l'aliénation mentale de l'un des époux ; cette cause peut se présenter sous la forme d'un événement qui, jusqu'ici, n'a jamais été considéré comme pouvant justifier une demande en divorce ; elle peut se traduire aussi dans un événement qu'aucune intelligence humaine n'a encore imaginé ; dans toutes ces hypothèses, c'est l'impossibilité du maintien de la vie commune qui est la cause réelle du divorce. En effet, le mariage est indissoluble et perpétuel par sa nature ; les rédacteurs du Code ont suffisamment insisté sur cette idée, d'ailleurs fort juste. Dès lors, pour quelle raison et dans quel but admettre des causes du divorce ? Est-ce uniquement pour accorder une sorte de vengeance à l'époux lésé, alors même que le lien conjugal ne serait pas profondément atteint par la faute dont cette lésion est la conséquence ? Evidemment, non. Il est évident que ces faits n'ont été admis comme causes de divorce par le législateur que parce qu'il a pensé qu'ils ont dû provoquer chez l'époux auquel ils ont inféré un tort, un ressentiment si vif, une douleur si cruelle, qu'il est impossible à cet époux de se trouver à nouveau en présence de son conjoint et qu'il manque désormais à ce foyer l'atmosphère apaisée et confiante, l'harmonie des cœurs indispensables pour réaliser les fins du mariage. Les rédac-

teurs du Code civil de 1804 ont-ils formellement admis cette notion fondamentale du divorce? Portalis, dans le discours préliminaire sur le projet de la Commission (Fenet, tome IX, p. 491), s'exprime en des termes qui semblent permettre d'incliner dans le sens de l'affirmative : « ... La loi civile peut fort bien, dans la crainte de plus grands maux, ne pas user de coaction et de contrainte pour obliger deux époux malheureux à demeurer réunis ou à vivre dans un célibat forcé aussi funeste aux mœurs qu'à la société. » Cette phrase semble indiquer que, dans la pensée de Portalis, le divorce est un moyen de résoudre une situation qui ne pourrait se prolonger sans le risque de « plus grands maux ». D'autre part, des discussions au Conseil d'Etat ne se dégagent pas très nettement la pensée des rédacteurs au point de vue qui nous occupe. A la séance du 16 vendémiaire an x (Fenet, tome IX, p. 289), nous trouvons cependant sur les lèvres du premier consul des déclarations qui laissent deviner leur opinion : « Les rédacteurs du projet de Code civil ont proposé de n'autoriser le divorce que quand il y aurait crime ; cependant, si l'un des époux rendait la vie insupportable à l'autre, il faut que celui-ci ait la faculté de s'en séparer. » N'est-ce pas là une allusion à l'impossibilité du maintien de la vie commune ? Boulay, à la séance du 24 vendémiaire an x (Fenet, tome IX, p. 299), paraît énoncer la même idée en ce qui concerne l'adultère, en envisageant successivement le divorce considéré comme réparation du préjudice causé et comme moyen de dénouer une situation sans issue : « La première de ces causes, dit Boulay, est l'adultère ; c'est sans doute la plus forte, la plus légitime de toutes, puisqu'elle attaque dans son essence et dissout le lien du mariage, qui consiste dans la fidélité que se sont promise les

époux, et que d'ailleurs elle entraîne des conséquences aussi fatales à l'intégrité des familles qu'à leur honneur et à leur tranquillité. » Quoi qu'il en soit, nous estimons que si les rédacteurs du Code civil ont considéré l'impossibilité de la continuation de la vie commune comme devant entraîner le divorce, ils ont jugé que cette impossibilité ne pouvait résulter que des faits admis par la loi comme causes de divorce. En d'autres termes, ils ont envisagé l'impossibilité du maintien de la vie commune comme un effet particulier de divers faits limitativement énumérés par la loi, au lieu de l'apprécier en elle-même et d'y voir la cause déterminante de tous les divorces. Ceci ne saurait d'ailleurs nous étonner : les rédacteurs du Code civil étaient des praticiens ; ils ont commencé par examiner les faits qui pourraient justifier le divorce ; ils ont retenu les plus graves qui, tous, empêchent la continuation de la vie commune, mais ils n'ont pas pénétré plus avant dans l'examen de ces faits ; ils ne se sont pas demandés si cette conséquence toujours semblable n'était pas la véritable cause du divorce, et, n'ayant pas dégagé cette cause, ils n'ont pu en faire un principe général entraînant le divorce toutes les fois que survient un fait quelconque nécessitant la fin de la vie commune. Et ils en sont restés aux trois causes : adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices et injures graves. Peut-être, d'ailleurs, n'ont-ils pas voulu aller si loin. Cette cause générale indéterminée leur apparaissait comme étant de nature à les entraîner trop loin, et ils eurent la croyance que la jurisprudence respecterait le cadre étroit dans lequel ils avaient enfermé le divorce. L'expérience, depuis 1884, a infligé un cruel démenti à leurs espérances.

Quelle que soit d'ailleurs la pensée qu'aient eu à cet égard les rédacteurs du Code, il nous semble que cette cause générale indéterminée, tirée de l'impossibilité du maintien de la vie commune, s'impose si l'on considère les divers faits retenus ou proposés jusqu'ici comme causes de divorce et les diverses applications faites par la jurisprudence.

Nous avons vu, à ce point de vue, que celle-ci considère comme injures graves des faits auxquels la loi n'a jamais reconnu un caractère injurieux tel qu'il puisse entraîner la rupture du lien conjugal. Ainsi un des époux disparaît du domicile commun, sans qu'on puisse prouver qu'il y ait eu réellement abandon ; depuis des années, il n'a plus donné de ses nouvelles. L'autre époux obtient contre son conjoint le divorce, par défaut d'ailleurs, divorce fondé sur une injure grave résultant de l'abandon du domicile conjugal. Y a-t-il eu réellement abandon ? Probablement, oui ; juridiquement, cet abandon ne peut être prouvé en l'espèce et, à notre avis, il y a absence. Or, l'absence n'est pas une cause de dissolution du mariage. Comment est-on arrivé à considérer ce fait comme une injure grave ? La véritable raison est que les juges ont pensé que la vie commune n'existant plus, ce mariage ne pouvait subsister et, dans l'intérêt commun des époux, ils ont prononcé la rupture du lien conjugal. Nous avons vu également qu'il était admis en jurisprudence que le refus du mari d'accorder à sa femme l'autorisation de recevoir sa mère au domicile conjugal pouvait, étant donné les circonstances, être considéré comme une injure grave. Les juges ont pensé que le refus opposé par le mari causait à sa femme une douleur, un ressentiment justifiés et dénotait l'existence entre les époux d'un déséqui-

libre tel que la vie commune ne pouvait subsister. Quel autre fondement trouver à toutes les nouvelles causes que l'on a proposé de faire entrer dans la loi : absence, aliénation mentale, dissentiments graves, ivrognerie, dérèglement de mœurs notoire, sinon l'existence d'une situation inconciliable avec le maintien de la vie commune ?

La conclusion est qu'il n'existe qu'une seule cause de divorce : une cause indéterminée résultant de toute situation, de tout fait qui ne permet pas aux époux de continuer leur existence commune, qui sépare les époux et, d'un sort unique, fait deux destinées distinctes. Le divorce est la sanction de cette incompatibilité radicale entre une situation de fait et le mariage, dont la vie commune est l'essence. Peu importe que cette situation de fait soit la conséquence de la violation par l'un des époux d'une obligation matrimoniale ou qu'elle découle d'un événement indépendant de la volonté des conjoints. Le juge estimera que le lien conjugal est atteint dans ses fibres les plus intimes et, dès qu'il aura acquis la conviction que l'objet même du mariage ne peut plus être atteint, il prononcera le divorce.

On voit les avantages de cette admission par la loi d'une cause indéterminée. D'abord, elle permet au juge de ne prononcer le divorce que dans des cas véritablement graves, lorsque le lien conjugal est sérieusement atteint. Il devra former sa conviction à cet égard, faire état de toutes les circonstances de fait, du caractère de chacun des époux, des chances qui peuvent exister de les voir se réconcilier. A notre avis, deux actions en divorce fondées sur des faits identiques peuvent aboutir, l'une à un jugement prononçant le divorce, l'autre à un jugement le rejetant. La différence entre les deux jugements

sera la conséquence de ce fait que des nuances imperceptibles particulières à chacune des situations s'appliquant au caractère des époux, aux sentiments qui les animent mutuellement, feront, en se réunissant, de deux hypothèses semblables, deux espèces profondément distinctes. Il convient, en effet, de ne point rendre le divorce trop facile et faire qu'il ne soit prononcé que lorsque les faits invoqués sont l'expression d'un véritable désaccord, d'une haine ou d'une situation malheureuse, qui rend impossible le maintien de la vie commune.

D'autre part, la cause indéterminée permettra l'admission du divorce dans des cas où il s'impose et qui précisément ne sont pas prévus par la loi. La folie de l'un des époux, une maladie incurable et dégoûtante, l'impuissance, pour ne citer que ces hypothèses, pourront justifier une demande. Les dissentiments persistants pourront, en raison même de cette persistance, constituer une cause de divorce, en tenant compte des circonstances. Inutile pour cela de supposer que l'un des époux soit la victime de son conjoint ; l'incompatibilité d'humeur peut être admise, si elle se traduit, pendant une période prolongée, par des indifférences injurieuses, des dédains offensants, des paroles qui, sans être des insolences proprement dites, expriment un ressentiment tenace ; cette incompatibilité d'humeur peut être simplement le résultat d'une simple opposition de caractères.

Enfin, cette cause indéterminée sera en parfaite harmonie avec l'état actuel de nos mœurs. Sans revenir sur cette idée, nous ne pouvons pas ne pas reconnaître que dans notre monde furieusement agité où s'entre-choquent les passions, où la vie, chaque jour plus âpre, arrache les hommes à leur foyer pour les jeter dans la lutte, le

mariage ne revêt plus le même caractère qu'aux siècles précédents, les risques de dissolution se multipliant pour lui de plus en plus. Dès lors, la cause indéterminée de divorce, plus souple, s'adapte davantage, se plie avec plus de facilité à l'examen des faits sur lesquels peut se fonder une action en divorce.

Devrons-nous ajouter que, dans ce système, les époux qui auront une raison valable pour divorcer n'auront pas besoin, comme cela se fait aujourd'hui lorsque le fait n'est pas admis par la loi comme cause de divorce, de combiner un scénario d'adultère ou une scène d'injures ?

On objectera peut-être à ce système qu'une trop large part d'appréciation est laissée au juge. Mais c'est seulement lorsque le maintien de la vie commune sera jugé impossible, lorsque le lien conjugal sera tellement atteint qu'il sera nécessaire de le trancher, que le divorce sera prononcé. Il semble qu'à cet égard on puisse faire crédit au juge. D'ailleurs, la cause générale indéterminée n'est pas une simple théorie. Nous en trouvons une application concrète dans le droit suisse, article 142, ainsi conçu : « Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune devient impossible. »

Nous observerons enfin qu'on peut faire disparaître de notre loi les causes déterminées qui y figurent actuellement, puisqu'il n'existe qu'une seule cause réelle de divorce, la cause indéterminée, et que les faits d'adultère, les excès, sévices et injures graves, ainsi que la condamnation à une peine afflictive et infamante sont simplement les faits les plus fréquents par lesquels se traduit cette impossibilité de vie commune.

Telles sont nos conclusions sur la cause indéterminée

de divorce. Elle est la cause cachée, mais réelle, de tous les divorces, et chaque jour qui s'écoule révèle son importance ; elle est, en un mot, la cause dont la prééminence sera reconnue dans l'avenir, aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine. Elle rencontrera d'ailleurs, avant d'être reconnue officiellement, bien des obstacles dressés, surtout par ceux qui s'effraient, d'ailleurs à juste titre, du développement croissant du divorce. Ceux-ci sont d'avis qu'en limitant le divorce aux causes actuellement déterminées par la loi française, ils arrêteront ce développement. Il nous semble, au contraire, qu'à admettre le divorce, il est nécessaire de l'organiser rationnellement, et la raison veut qu'il soit prononcé toutes les fois qu'il est démontré que les fins du mariage ne peuvent être réalisées.

CHAPITRE III

La procédure du divorce.

Inutile de rappeler que la procédure du divorce a, dans notre législation modifiée par les lois de 1884 et 1886, une physionomie particulière, le législateur ayant pensé qu'une matière aussi spéciale que le divorce devait avoir une procédure qui lui fût propre. Le législateur de 1884 et 1886 a suivi le point de vue des rédacteurs du Code civil, point de vue exposé par Treilhard. Celui-ci, dans son exposé des motifs lors de la présentation du projet au Corps législatif, en a indiqué les raisons : « La marche de l'instruction d'une demande en divorce ne doit pas être confondue avec la marche de l'instruction d'une affaire ordinaire ; en général, l'accès des tribunaux ne peut être trop facile, ni la marche trop rapide ; il n'en est pas de même en matière de divorce : une sage lenteur doit donner aux passions le temps de se refroidir ; le divorce n'est tolérable que lorsqu'il est forcé, et la société gémit de l'admettre, lors même qu'il est nécessaire : chaque pas dans l'instruction doit donc être un grand objet de méditation pour le demandeur, et pour le juge un nouveau moyen de pénétrer les motifs secrets, les véritables motifs d'une demande de cette nature, de s'assurer du moins que ces motifs sont réels et légitimes.

Toutes les dispositions du projet relatives aux formes ont été rédigées en conséquence. » (*Séance du 10 ventôse an xi*, Fenet, tome IX, p. 464.) Et Savoie-Rollin, dans son rapport fait au Tribunal, a repris la même idée, en affirmant que le divorce respectera le principe de perpétuité du mariage, « si les formes qui environnent le divorce ont dans leur marche cette lenteur salutaire qui donne aux passions le temps de se calmer, qui rend à des cœurs aigris le souvenir de leur affection première et qui n'applique enfin le remède qu'à des maux que seul il peut guérir. » (*Séance du 27 ventôse an xi*, Fenet tome IX, p. 501.)

Telle est l'explication du caractère particulier de la procédure du divorce ; le législateur a voulu ménager aux parties, par la lenteur de cette procédure, toutes les occasions de réfléchir et de revenir sur leur funeste décision. Les vœux du législateur ont-ils été comblés ? Inutile de longues observations pour se persuader du contraire. Il suffit de fréquenter les couloirs du Palais, les études d'avoués, les salles d'audience, pour se rendre rapidement compte que les réconciliations, en cours de procès, sont infiniment rares. Pratiquement, elles sont inexistantes. On transige sur un différend d'ordre pécuniaire plutôt qu'en matière de divorce. Les demandeurs en divorce sont animés d'une magnifique énergie qui se maintient ou plutôt s'accroît à mesure que l'affaire marche vers son dénouement. Quelles seraient les réflexions des austères Treilhard et Savoie-Rollin s'ils voyaient avec quelle souriante indifférence les époux, et surtout les épouses, se rendent à la tentative de conciliation prescrite par l'article 238 du Code civil ?

Dans une section première, nous allons examiner les

critiques que suggère le système de procédure organisé par les lois de 1884 et 1886 qui ont modifié les règles primitives du Code civil; dans une deuxième section, nous étudierons les réformes proposées.

SECTION PREMIÈRE

Étude des solutions légales.

Nous rappelons simplement que cette procédure, dans son ensemble, déroge au droit commun, en ce qu'elle édicte des formalités spéciales pour aboutir à l'assignation en divorce; qu'à partir du moment où cette assignation est délivrée, l'affaire s'instruit et est jugée comme en matière ordinaire; qu'après le jugement prononcé, le Code civil a établi des règles particulières à la matière du divorce.

Les articles 234 à 238 se réfèrent aux conditions dans lesquelles s'introduit l'action en divorce.

Présentation de la requête. — L'article 234, entre autres dispositions, édicte que l'époux demandeur doit présenter en personne au président ou au juge qui en fait fonction sa requête en divorce, et qu'au cas d'empêchement du demandeur, le magistrat se transporte à son domicile. Le magistrat, après lui avoir fait telles représentations qu'il croira convenables, ordonne que les époux comparaitront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique et commet un huissier pour signifier la citation. (Art. 235.) Le texte actuel de l'article 234 est l'œuvre de la loi du 18 avril 1886 et les prescriptions qu'il édicte en ce qui concerne la présentation de la requête étaient contenues dans l'article 236 du Code de 1804. Nous pou-

vons donc retrouver dans les travaux préparatoires les raisons des dispositions qu'il édicte. « C'est surtout, dit Treilhard, dans le premier instant qu'il convient de faire sentir toute la gravité et toutes les circonstances de l'action. » (*Séance du 19 ventôse an xi*, Fenet, tome IX, p. 485.) Quant aux règles posées par l'article 235, elles faisaient l'objet des dispositions des anciens articles 237 et 238 : « Des précautions et des formes d'une autre espèce sont réservées au divorce pour causes déterminées, a dit Savoie-Rollin, mais elles sont rédigées dans un autre esprit : frapper, dès l'abord, l'époux demandeur du sévère appareil de la loi ; l'obliger à comparaître devant le juge ; ne recevoir sa plainte que comme une confidence ; chercher à le rappeler à des sentiments plus modérés ; ne lui permettre de citer l'époux défendeur qu'après ces essais de conciliation ; suspendre ensuite pendant ce temps les effets de la citation même ; n'écouter que dans des conférences secrètes les griefs et les défenses des époux, ainsi que les dépositions des témoins ; ne les livrer à l'éclat de l'audience publique que lorsque tout espoir de rapprochement est éteint. Voilà la marche de la procédure, elle est irréprochable, elle est sage, elle est salutaire. » (*Séance du 27 ventôse an xi*, Fenet, tome IX, p. 506.)

Ce passage traduit d'une façon parfaite la pensée et les intentions du législateur. Le divorce est un fléau social ; la loi doit imposer au demandeur des conseils paternels, un temps d'arrêt salutaire aux réflexions avant de l'autoriser à s'engager sur cette voie au bout de laquelle le législateur aperçoit un écroulement fatal. Devons-nous ajouter que les faits n'ont pas répondu aux vœux d'ordre élevé que les rédacteurs du Code exprimaient par l'or-

gane de Savoie-Rollin? Dans leur esprit, le demandeur en divorce devait se présenter devant le magistrat, convaincu de la gravité de l'acte qu'il allait accomplir, en proie à une violente émotion qui affaiblirait sa décision, amollirait sa volonté, et que celle-ci, dans bien des cas, céderait devant les observations du juge. En réalité, dans l'immense majorité des cas, le demandeur présente sa requête en divorce dans un état d'esprit contraire, la plupart du temps avec indifférence, souvent l'âme en fête à la pensée d'une liberté prochainement reconquise. Les mœurs ont fini par transformer en une simple formalité cette comparution sur laquelle le législateur avait fondé tant d'espérances. Au surplus, pour que cette comparution puisse avoir quelque efficacité, il faudrait, semble-t-il, que le juge connût parfaitement l'époux qui se présente devant lui, son caractère, ses tendances d'esprit, ses qualités et ses défauts, qu'il connût également la situation des conjoints pour se former une opinion sur la vraisemblance des griefs invoqués par l'époux. De pareilles conditions ne peuvent se réaliser dans un tribunal de grande ville où les époux qui plaident en divorce sont des parties et rien autre chose.

Dans ces conditions, nous estimons que les dispositions édictées par les articles 254 et 255 du Code civil ne se justifient plus. D'autre part, rien ne peut suppléer à cette formalité, même au cas où le demandeur est un Français résidant à l'étranger, ce qui peut aboutir à priver un Français, en pratique, du droit de demander le divorce. A notre avis, en admettant que la procédure instituée par le Code civil doive être maintenue, il apparaît que la requête pourrait être présentée par l'avoué, conformément au droit commun ; l'ordonnance autorisant la cita-

tion aux fins de conciliation pourrait être rendue au pied de ladite requête, tout cela sans qu'il fût besoin d'une comparution personnelle de l'époux demandeur. Cela n'empêcherait d'ailleurs pas le juge d'autoriser le demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, la résidence provisoire, conformément aux dispositions de l'article 236 du Code civil.

Tentative de conciliation (art. 238). — La loi a voulu réserver une autre chance à la réconciliation possible des époux. Lors de la présentation de sa requête, l'époux demandeur est resté insensible aux observations et aux exhortations du magistrat ; peut-être sa résistance faiblira-t-elle lorsqu'il se trouvera en présence de son conjoint ; peut-être cette réunion, dans le cadre solennel de la justice, sera-t-elle l'étincelle qui embrasera leurs deux cœurs d'une flamme nouvelle. Nous dirons de la tentative de conciliation ce que nous avons dit de la comparution personnelle du demandeur : cette prescription légale est aujourd'hui sans objet. Le demandeur est le seul conjoint qui ne manque pas de se présenter ; quant à l'époux défendeur, ou bien il comparaît et généralement l'entrevue n'aboutit pas à la réconciliation, ou bien, et cet usage tend à prévaloir, il fait défaut. La tentative de conciliation peut donc être supprimée sans aucune difficulté. Nous sera-t-il permis d'affirmer que c'est un peu de pittoresque qui s'en ira. Les jours accoutumés des audiences de conciliation, les austères couloirs du Palais sont traversés par des justiciables dont le visage reflète la joie intérieure ou tout au moins le calme de l'esprit : ce sont les époux cités en conciliation ; de nombreuses femmes sourient à un bonheur retrouvé et, en

attendant l'appel de leur nom, assises sur des banquettes, les désenchantées échantent leurs impressions, se confiant leurs espoirs et leurs rêves. Frémissez, ombres de Portalis, de Tronchet, de Cambacérès, de vous tous qui aviez prêté aux hommes votre conception austère du mariage, source des joies les plus pures, union de deux cœurs toujours unis, même quand les époux auront des cheveux blancs.

Débats (art. 239). — La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire. C'est ici, même en nous maintenant sur le terrain de la procédure fixée par le Code civil, que celui-ci mérite à notre avis de sérieuses critiques. Un procès de divorce se plaide à l'audience publique du tribunal ou de la Cour d'appel et est mis sur le même pied qu'une action en dommages-intérêts ou qu'une affaire d'accident du travail. Et cela ne nous paraît pas admissible : un drame de famille, l'anéantissement d'un foyer, le sort des époux et des enfants, tout cela est exposé et débattu dans un prétoire public ; on y lit une correspondance parfois scandaleuse, on y étale les misères humaines, la perfidie d'un des époux et les malheurs de l'autre ; on discute âprement sur les termes d'un procès-verbal d'enquête qui dévoile parfois les coins les plus secrets de la vie conjugale. Sans doute la reproduction des débats par la presse est interdite, et cette interdiction est sanctionnée par une peine d'amende ; sans doute le tribunal peut ordonner le huis clos ; ces mesures nous paraissent insuffisantes ; le foyer domestique est caché aux regards étrangers ; les débats dont il est l'enjeu doivent être également soustraits à une publicité qui ne peut être que nuisible et parfois malsaine. Le

huis clos est, dans la pratique, assez rarement prononcé. Donc, à notre avis, si l'on veut conserver la procédure organisée par le Code civil, il faut supprimer le caractère public des débats et les enfermer dans la chambre du conseil ; ils se dérouleront ainsi dans le cadre qui leur convient, dans une atmosphère plus intime, plus apaisée, dont ils ressentiront l'heureuse influence ; les plaidoiries y perdront de leur virulence, les reproches seront moins amers, les griefs y seront exposés avec moins de violence. Cette sorte d'opération qu'est le divorce sera moins difficile, moins brutale, sans que les intérêts contraires des époux en éprouvent le moindre inconvénient. Le principe de la publicité des débats a été établi dans l'intérêt supérieur de la justice ; nous estimons que la justice n'a rien à redouter d'une exception à ce principe en faveur du divorce. L'action en divorce n'est pas un procès à proprement parler, puisque son objet est moins de rendre un jugement départageant deux prétentions contraires que de réparer la brèche faite à l'organisme social par la destruction d'une des cellules dont il est formé : une famille.

A notre avis également, avant les plaidoiries, le tribunal devrait entendre les explications des époux eux-mêmes. Les juges, quels que soient d'ailleurs leur compétence et leur souci de se former une opinion raisonnée, sont exposés à se faire une image imparfaite et inexacte du fond du procès ; le président a bien interrogé les époux lors de la tentative de conciliation, mais parfois un intervalle de plusieurs mois sépare cette formalité du jour des plaidoiries : le juge n'a plus devant lui que les visages de l'avoué et de l'avocat de chacune des parties, et il ne voit la situation exacte qu'au travers d'actes de procé-

de requêtes, d'ordonnances, d'assignations, de procès-verbaux d'enquête; on avouera que, pour se livrer à un examen approfondi des faits de la cause, cela apparaît insuffisant. Au contraire, les explications des époux rendraient la tâche des juges plus facile. Est-ce à dire qu'il convient de supprimer purement et simplement le ministère des avocats ? Nous ne le croyons pas; les plaidoiries sont absolument indispensables pour préciser les affirmations des parties, pour déduire des éléments de faits établis par les débats les conclusions juridiques qu'ils comportent, pour discuter sur les mesures conservatoires; les époux seront seulement entendus pour préciser la situation de fait et apporter leurs explications personnelles, dans lesquelles les juges sauront bien délimiter la part de vérité et la part d'exagération.

Une autre question s'est posée : celle de savoir si les jugements prononçant le divorce ou le rejetant doivent continuer à être motivés ou, au contraire, s'ils doivent se borner purement et simplement à accueillir ou à rejeter la demande en divorce. La suppression des motifs peut se justifier par ce fait que, le divorce une fois prononcé ou rejeté, il n'existe aucun intérêt à conserver une preuve écrite des torts parfois graves qui peuvent exister à la charge de l'un des époux. Cette explication ne paraît pas d'ailleurs pleinement convaincante : un jugement motivé présente un intérêt pour l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé; plus tard, quand le temps aura effacé le souvenir précis du divorce, cet époux a le droit de défendre sa réputation et aussi de rappeler la dignité de sa conduite, non seulement à ses enfants, mais encore aux tiers qui seraient tentés de l'oublier. De plus, le jugement, assorti de motifs, non seulement impose aux

juges dont il est l'œuvre l'obligation de déduire logiquement leur décision des éléments de fait de la cause, mais encore démontrera plus tard qu'il a été rendu en toute connaissance de cause, et sera la preuve de leur indépendance et de leur sentiment profond de la justice.

Enquêtes. — D'après l'ancien article 253, l'enquête était faite en audience publique. La loi du 8 avril 1886, modifiant cet article, a décidé que l'enquête serait faite conformément aux règles du droit commun (articles 252 et suivants du Code de procédure civile). Il semble que le système du Code, suivant lequel l'enquête avait lieu à l'audience, devant le tribunal, était préférable. En effet, le tribunal qui doit statuer sur la demande en divorce n'assiste plus à l'enquête, à laquelle il est procédé par un juge-commissaire; celui-là seul peut avoir une opinion qui se dégage des témoignages. Le tribunal, pour se former une opinion, n'aura à sa disposition que le procès-verbal d'enquête, qui pourra ne pas exprimer toute la force, toute la puissance, toutes les nuances de certains témoignages. De plus, l'enquête devant le tribunal offrait cet avantage que les membres de ce tribunal, étant tous présents à l'audition des témoins, pouvaient échanger leurs vues, s'entendre pour obtenir des précisions, garder une opinion d'ensemble qui sera très précieuse lorsque le tribunal sera appelé à statuer. C'est pour cette même raison que nous souhaiterions voir l'enquête être suivie immédiatement des plaidoiries et du prononcé du jugement, ou tout au moins de la mise en délibéré. L'enquête, dans notre système actuel, est en effet, dans une certaine mesure, indépendante du procès; elle devrait, au contraire, faire partie intégrale des débats.

Question des lettres missives. — Dans l'action en divorce, comme dans toute autre action, le demandeur doit prouver le bien-fondé de sa demande; à défaut de preuve, sa demande doit être rejetée. Tous les modes de preuve sont admis en matière de divorce : preuve testimoniale, présomptions, preuve littérale par la production d'actes authentiques (expédition du jugement prononçant une condamnation à une peine afflictive et infamante) ou par la production d'actes sous seing privé. C'est la preuve littérale qui a fait surgir la question des lettres missives.

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour reconnaître que les lettres missives restent la propriété de l'expéditeur tant qu'elles ne sont pas parvenues au destinataire; dès que celui-ci les a reçues, elles deviennent sa propriété. On voit d'ici l'importance que les lettres missives prennent en matière de divorce : adressées par un des époux à son conjoint ou adressées à l'un des époux par un tiers, elles peuvent constituer la preuve d'injures graves ou de faits d'adultère justifiant une demande en divorce. Peuvent-elles, dès lors, être produites en justice à l'occasion d'une demande en divorce ? Voici quelles sont les solutions admises par la jurisprudence :

Une première hypothèse est celle de lettres missives adressées par l'époux défendeur à l'époux demandeur : il est admis que ce dernier peut produire, au cours du procès, les lettres écrites par son conjoint. Cette solution est d'ailleurs conforme aux principes.

La difficulté surgit lorsqu'il s'agit de lettres écrites à un des époux par un tiers : ces lettres peuvent contenir la preuve de l'existence de relations coupables entre cet époux et ce tiers. L'autre époux, demandeur en divorce,

peut-il les verser aux débats, si elles se trouvent en sa possession pour une raison quelconque, ainsi si sa méfiance l'a conduit à les intercepter ?

On distingue, à ce point de vue, le cas où c'est le mari qui est demandeur et le cas où, au contraire, c'est la femme qui est demanderesse.

1° *Le mari est demandeur.* — La jurisprudence a fait plier les règles concernant la propriété des lettres missives devant les droits que la loi fait découler pour le mari du principe de l'autorité maritale. De plus, s'il s'agit de lettres contenant la preuve de l'adultère de la femme, la jurisprudence, partant de cette idée que ces faits sont de nature à entraîner une condamnation à l'emprisonnement et que l'on se trouve, au moins pour partie, en matière criminelle où tous les moyens de preuve sont admis, a appliqué cette règle à la matière du divorce; en conséquence, les lettres écrites par la femme ou par son complice et interceptées par le mari peuvent être versées aux débats.

La question se pose de savoir si ce droit reconnu au mari, de produire en justice les lettres missives adressées par un tiers à sa femme ou par sa femme à un tiers, peut être exercé quels que soient les moyens par lesquels le mari a acquis la possession de ces lettres. Il semble qu'il convient de distinguer si le mari a employé des moyens dolosifs ou immoraux, plus ou moins répréhensibles, ou s'il s'est servi au contraire de procédés nettement délictueux. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que le tribunal doit rejeter la production des lettres missives offertes en preuve par le mari ;

2° *La femme est demanderesse.* — La femme, d'après la jurisprudence, ne saurait à cet égard être mise sur le

même pied que le mari : le traitement de faveur réservé à celui-ci est fondé sur l'autorité maritale et le droit qui lui appartient de sauvegarder l'honneur de son foyer.

Si la femme a pu s'emparer sans aucune manœuvre dolosive ou immorale des lettres écrites par son mari à un tiers ou par un tiers à son mari, elle pourra les produire en justice; ainsi au cas où elle a trouvé des lettres de cette nature dans un vêtement de son mari, si elles ne se trouvaient pas enfermées dans une enveloppe, même non cachetée. (Req., 25 mars 1890, D. P., '91, 1, 511.)

Si, au contraire, la femme s'est servie non pas de procédés délictueux, mais de moyens simplement dolosifs ou même indéliçats, elle ne peut demander de verser aux débats les lettres dont elle s'est ainsi procuré la possession. Il a été décidé dans ce sens que la femme ne peut produire des lettres qu'elle s'est procuré en forçant le tiroir du bureau de son mari où elles étaient enfermées à clef. (Orléans, 13 décembre 1889, D. P., 91, 2, 333.)

Voilà, brièvement résumées, les règles concernant la production des lettres missives en justice; cette production n'est l'objet d'aucune disposition légale et la théorie s'en édifie dans la doctrine et surtout en jurisprudence. Le législateur ferait œuvre utile en édictant sur les lettres missives des dispositions légales qui, d'ailleurs, ne devraient pas seulement sanctionner les solutions jurisprudentielles acquises à ce jour, mais encore tracer des directives qui paraissent au plus haut point souhaitables.

Il semble difficile d'établir des différences en ce qui concerne le droit de produire les lettres suivant que le mari est demandeur ou que la femme est demanderessè. Cette différence paraît difficilement justifiable. Sans

doute, le mari est investi des prérogatives découlant de l'autorité maritale qu'il exerce; rien de plus naturel qu'en vertu de cette autorité il puisse contrôler la correspondance de sa femme et que, le cas échéant, lorsque sa méfiance est mise en éveil, il cherche à se procurer la preuve de l'infidélité de son épouse par des procédés qui ne sont peut-être pas très délicats, mais dont l'emploi se justifie par l'attitude de sa femme. Mais le jour où celle-ci surprend par des moyens répréhensibles la preuve de l'infidélité de son mari, pourquoi lui refuser de produire la preuve, peut-être la seule preuve, de cette infidélité? A partir de ce jour, le mari a-t-il le droit de se prévaloir de son autorité de mari? Nous ne le croyons pas, car cette autorité ne peut s'exercer qu'autant que le mari ne commet aucune infraction aux obligations nées du mariage. D'autre part, ajoute-t-on, le droit du mari sur la correspondance de sa femme est une conséquence de la nécessité pour lui, chef de famille, de sauvegarder l'honneur du nom. Cette raison ne paraît pas absolument convaincante. Le mari a le droit de défendre cet honneur; la femme n'a-t-elle pas le droit de le défendre également? L'indélicatesse qu'elle a commise pour se procurer la correspondance de son mari peut-elle être prise en considération lorsqu'il s'agit pour elle de démontrer l'inconduite de son mari et de se justifier ainsi, plus tard, aux yeux de ses enfants?

Nous estimons d'ailleurs que toutes les lettres missives devraient pouvoir être produites par les deux époux, que le divorce soit demandé par le mari ou par la femme, que l'un ou l'autre se les soient procurées par des moyens licites ou bien par des procédés indéliçats, immoraux, simplement répréhensibles ou même délictueux. On ap-

préciera ensuite au point de vue pénal, le cas échéant, le caractère de ces procédés; peut-être, s'ils sont simplement indéliçats, pourront-ils justifier une action en dommages-intérêts. Mais, en ce qui concerne l'action en divorce proprement dite, les moyens par lesquels les lettres ont pu être saisies importent peu au point de vue de la preuve; une seule question doit se poser au juge : la preuve des faits allégués par le demandeur résulte-t-elle des lettres missives versées aux débats ? Nous sommes, en effet, dans un domaine où les moyens de preuve ordinaires sont très souvent inopérants; la preuve testimoniale est fréquemment inefficace, puisque les faits qui justifient la demande en divorce se sont passés au sein de la famille, loin des regards indiscrets; les présomptions peuvent, en fait, n'être ni précises, ni graves, ni concordantes. Un flagrant délit d'adultère est parfois difficile à constater si l'époux coupable et son complice sont prudents et méfiants. Pourquoi rejeter dès lors la production d'une lettre interceptée ou détournée, le seul moyen qu'ait parfois le demandeur pour prouver la conduite coupable de son conjoint ?

Jugement. — Aux termes de l'article 246 du Code civil, lorsque le divorce est prononcé pour toute autre cause qu'une condamnation à une peine afflictive et infamante, le tribunal a le droit de surseoir à la prononciation du divorce pendant un délai dont il fixe la durée, mais qui ne peut pas dépasser six mois. Le délai expiré, si les époux ne se sont pas reconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre devant le tribunal pour voir prononcer le divorce.

Quelle a été, dans cet article, la pensée du législateur ?

La disposition essentielle de cet article est reproduite des dispositions édictées par les anciens articles 259 et 260 du Code civil abrogés. Toutefois, d'après le Code de 1804, la faculté de surseoir au prononcé du jugement n'était accordée que lorsque la demande en divorce avait été formée pour cause d'excès, sévices et injures graves, et le temps d'épreuve était fixé à une année. Treilhard a exprimé très nettement la raison de ces dispositions : « Je crois inutile de vous retracer en détail, dit-il, chaque disposition de cette partie du projet; je ne crains pas de dire qu'il n'en est pas une seule qui ne doive être considérée comme un bienfait de la loi, parce que toutes ont pour objet ou la réunion des esprits, ou la manifestation de la vérité, et telle a été la crainte d'une décision trop légèrement prononcée que le tribunal, dans le cas d'action pour excès, sévices ou injures, est autorisé à ne pas admettre immédiatement le divorce, quoique la demande soit bien établie, et qu'il peut soumettre les époux à une année d'épreuve pour s'assurer encore plus de la persévérante volonté de l'époux demandeur et qu'il ne peut y avoir de sa part aucune espérance de retour. » (*Séance du 20 brumaire an xi*; Fenet, tome IX, p. 484.)

Le législateur avait pensé que, au cas où la demande est formée pour cause d'adultère ou pour cause de condamnation à une peine afflictive et infamante, il n'est aucune chance possible de réconciliation; mais lorsque le divorce est demandé pour cause d'excès, sévices et injures graves, il peut arriver que les faits imputables à l'un des époux soit moins l'expression de la haine et du ressentiment que la conséquence d'un caractère violent et emporté; dans ce cas, la loi a estimé que le temps peut

faire œuvre d'apaisement, que le repentir entrera dans le cœur de l'époux coupable et que le pardon tombera des lèvres de son conjoint. La loi de 1886 a étendu la faculté de surseoir au prononcé du jugement au cas où le divorce est demandé pour cause d'adultère. Est-ce à dire que celui-ci serait considéré comme une faute moins grave et serait entré dans nos mœurs ?

Quoi qu'il en soit, les dispositions de l'article 246 du Code civil ne paraissent présenter qu'un intérêt pratique très limité, et il semble qu'il n'y a pas lieu de les maintenir. En fait, elles ne sont pas ou sont très rarement appliquées par les tribunaux. Et, de plus, l'expérience démontre que les deux époux, demandeur et défendeur, ne sont pas très désireux de voir surseoir au prononcé du jugement; même le défendeur qui résiste énergiquement à l'action intentée contre lui ne souhaite pas voir surseoir au jugement; il ne viendrait jamais d'ailleurs à la pensée d'un demandeur ou d'un défendeur à l'action en divorce de demander le sursis par voie de conclusions. Parfois, des réconciliations ont lieu, très rarement d'ailleurs, généralement sur l'intervention de parents ou d'amis, mais ces réconciliations interviennent généralement au cours de la procédure proprement dite; lorsque les débats sont clos, les deux époux n'ont qu'un désir : voir prononcer le jugement. Ce sursis est-il d'ailleurs souhaitable ? Il est préférable, dès que les responsabilités ont été établies, de rendre la liberté à chacun des conjoints; lorsqu'une association, quelle qu'elle soit, ne parvient pas à fonctionner normalement, lorsqu'il est établi que la dissension a détruit l'*animus societatis*, il vaut mieux liquider rapidement et séparer les associés; les jugements de divorce ressemblent aux opérations chirurgicales : le

mal constaté, il est indispensable que l'opération soit rapide et produise immédiatement tous ses effets.

Question des incapables. — Avant de procéder à une étude critique des règles édictées par le Code civil, il est indispensable de les rappeler.

La femme est relevée, en matière de divorce, de l'incapacité générale dont elle est frappée par la loi. Elle peut présenter sa requête en divorce sans l'autorisation du mari et est dispensée de cette autorisation pendant le cours de toute la procédure. Elle peut également défendre, sans autorisation, à l'action en divorce dirigée contre elle par son mari.

Le mineur. — A l'encontre de certains auteurs, une partie de la doctrine et la jurisprudence admettent que le mineur peut former une demande en divorce sans l'assistance de son curateur; il s'agit, en effet, d'un droit attaché à la personne.

Aliéné interdit judiciaire. — Le tuteur de l'interdit judiciaire peut intenter au nom de celui-ci, avec l'autorisation du conseil de famille, une action en séparation de corps (disposition expresse de l'article 307, C. C.). Le tuteur de l'interdit judiciaire ne peut intenter une action en divorce au nom de celui-ci, même avec l'autorisation du conseil de famille. Par contre, l'action en divorce ou en séparation de corps doit être dirigée contre le tuteur qui, pour y défendre, n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille.

Aliéné interdit et non interné. — Il peut former une demande en divorce ou en séparation de corps, s'il justifie de sa lucidité d'esprit par la production de certificats.

Individu interné légalement. — Si l'interdit est demandeur, l'action est intentée par son tuteur, qui le représente au cours de l'instance, mais la requête aux fins de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit (art. 234 C. C.). Si l'interdit légalement est défendeur, bien que la loi soit muette sur ce point, on admet qu'il sera valablement représenté par son tuteur sans qu'il soit nécessaire que celui-ci soit pourvu d'une autorisation ou d'une réquisition de l'interdit. (Paris, 7 avril 1887; D. P., 88, 2, 245.)

Epoux pourvu d'un conseil judiciaire. — On décide, par application des articles 499 et 513 du Code civil, que l'époux pourvu d'un conseil judiciaire a besoin de l'autorisation de son conseil pour intenter une action en divorce ou y défendre.

Ainsi, les règles posées par le Code ne visent que quelques cas d'incapacité, et les solutions actuelles sont l'œuvre de la jurisprudence. Il serait à souhaiter que la loi vint éclairer cette question de la lueur de quelques principes.

Comme nous venons de le voir, le tuteur de l'interdit judiciaire peut, sans l'autorisation du conseil de famille, défendre à une action en divorce au nom de l'interdit. Il ne peut pas, même avec cette autorisation, intenter une action en divorce au nom de l'interdit. Ce distinguo ne paraît pas suffisamment justifié; le législateur a admis que le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, intenter une demande en séparation de corps (art. 307) et a estimé qu'il ne convenait pas d'étendre cette solution au

divorce; les travaux préparatoires nous indiquent que la raison en a été la suivante : le divorce a un effet beaucoup plus complet; il brise le lien conjugal, tandis que la séparation de corps ne fait que le détendre; l'interdit revenu à la raison ne pourrait anéantir les effets irrévocables d'un divorce auquel sa volonté est restée étrangère; au contraire, il peut faire cesser les effets de la séparation de corps. Ceci nous paraît difficile à justifier; nous estimons qu'il appartient au tuteur de l'interdit judiciaire de prendre toutes les mesures destinées à conserver à l'interdit non seulement sa fortune, mais encore son honneur. L'époux de l'aliéné qui ne respecte pas la foi conjugale commet une faute d'autant plus grave que son conjoint est dans l'impossibilité de défendre son honneur; si les faits dont il se rend coupable sont tellement graves qu'ils justifient une demande en divorce, on ne doit pas refuser au tuteur le droit de l'intenter au nom de l'interdit, après qu'il aura obtenu l'autorisation du conseil de famille. Si l'époux revient à la raison, il ne pourra faire un grief au tuteur de l'avoir séparé d'un conjoint qui abusait scandaleusement de la liberté que lui laissait la situation de son époux. Une question pourrait d'ailleurs se poser depuis la loi du 6 juin 1908, modifiant l'article 310 du Code civil, accordant à chaque époux le droit de demander la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, lorsque la séparation aura duré trois ans. Le tuteur de l'interdit judiciairement peut-il, avec l'autorisation du conseil de famille, demander cette conversion au nom de l'interdit séparé de corps après son internement ?

Quant à l'aliéné interné mais non interdit, il est admis que si le mandataire *ad litem*, nommé par appli-

cation de l'article 33 de la loi du 30 juin 1838, ne peut intenter une action en divorce au nom de l'aliéné, il peut défendre à une action en divorce dirigée contre lui et aussi continuer une action en divorce intentée par l'aliéné avant son internement. Nous estimons que ces solutions jurisprudentielles doivent être fixées et éclairées par une loi. Faut-il aller plus loin et conférer au mandataire *ad litem* le droit d'intenter, au nom de l'époux interné et non interdit, une action en divorce contre le conjoint de celui-ci ? Nous ne le croyons pas. Le mandataire *ad litem*, comme son nom l'indique, est un mandataire spécial, nommé pour défendre les intérêts de l'interné dans une action déterminée. Or, l'action en divorce est d'une nature spéciale : elle touche à la personne même de l'interné encore plus qu'à son patrimoine ; elle doit donc être exercée par une personne qui est non seulement un *negotiorum gestor*, mais encore un représentant de la personne de l'aliéné qui connaît la vie de celui-ci, son caractère, sa personnalité, qui est investi de la confiance de la famille. Nous estimons que ces conditions ne sont pas remplies par un mandataire *ad litem*, mais seulement par un tuteur dont la nomination est la conséquence d'une interdiction de l'aliéné. Rappelons, à ce point de vue, que nous estimons qu'il convient d'accorder au tuteur de la personne interdite judiciairement le droit d'intenter une action en divorce, au nom de cette personne, avec l'autorisation du conseil de famille, solution qui n'est pas encore celle de la jurisprudence.

On peut enfin se demander si l'individu pourvu d'un conseil judiciaire a besoin de l'assistance de son conseil pour intenter une action en divorce ou pour y défendre. La jurisprudence se prononce pour l'affirmative. Elle

décide même que si le conseil judiciaire refuse à tort, à l'époux, son assistance, cet époux peut demander la nomination d'un conseil judiciaire *ad hoc*. La solution jurisprudentielle se justifie par des considérations de fait. Toutefois, l'incapable peut faire seul, et sans l'assistance de son conseil, les actes qui intéressent la personne et non le patrimoine, comme la reconnaissance d'enfant naturel et le mariage. Pourquoi, dès lors, lui imposer l'assistance de son conseil pour intenter une demande en divorce ?

Compétence. — Nous sommes en matière personnelle et, conformément au principe général de l'article 59 du Code de procédure civile, le défendeur doit être assigné devant le tribunal de son domicile. Il est à remarquer que la femme étant légalement domiciliée au même endroit que le mari, c'est toujours le tribunal de l'arrondissement dans lequel le mari est domicilié qui est compétent pour connaître de l'action en divorce, quel que soit l'époux qui l'intente.

Le tribunal régulièrement saisi est compétent pour connaître de la demande en divorce, alors même que le mari changerait de domicile ultérieurement. On voit dès lors l'importance qui s'attache à déterminer le moment précis où le tribunal est saisi. D'après la jurisprudence, l'instance est liée et, en conséquence, la compétence est fixée, par la notification de la requête et de l'ordonnance faite à l'époux défendeur, en conformité des dispositions de l'article 257 du Code civil. Par voie de conséquence, l'incompétence, qui doit être déclinée *in limine litis*, doit être proposée lors de la comparution du défendeur devant le président. (Req., 1^{er} juin 1891, D. P., 93, 1, 428.) Par

qui sera-t-il statué sur le déclinatoire d'incompétence, par le président ou par le tribunal ? Certaines décisions ont jugé que le président a qualité pour statuer sur l'exception d'incompétence, sauf le droit d'appel, dans le délai de quinzaine à compter de la signification, par application des dispositions de l'article 238 du Code civil, qui renvoie à l'article 809 du Code de procédure civile.

Dans un deuxième système, on décide que le président doit donner acte au défendeur de ses conclusions d'incompétence et renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal qui statuera sur l'exception. (Voir deux arrêts opposés : Nîmes, 16 février 1892, S., 92, 2, 39; Grenoble, 2 mai 1891, S., 93, 2, 177.)

Quant à nous, nous estimons qu'il serait plus juridique de considérer le débat comme lié au moment où l'assignation en divorce proprement dite est signifiée à l'époux défendeur, à la requête du demandeur. C'est seulement à partir de ce moment qu'il y a débat judiciaire à proprement parler; c'est si vrai, que c'est à compter de ce moment que s'applique la règle posée par l'article 239 : « La cause est instruite et jugée comme en matière ordinaire. » Par l'exploit d'ajournement, le défendeur est cité à comparaître devant le tribunal aux fins de voir prononcer le divorce, au délai ordinaire de huitaine, et il est cité à comparaître par ministère d'avoué; c'est seulement dans cet exploit et ceux qui suivent qu'est exigée la constitution d'avoué et l'élection de domicile. Qu'est-ce à dire, sinon que c'est à partir de l'assignation en divorce que la demande se présente avec tous les caractères propres d'une instance ? Toutes les formalités antérieures constituent un ensemble de règles prescrites par la loi pour statuer sur les mesures provisoires, pour

tenter de réconcilier les époux et éviter précisément l'action en divorce. Estimant que l'instance n'est engagée que par l'assignation en divorce devant le tribunal, nous admettrons, par voie de conséquence, que le défendeur a le droit d'invoquer l'exception d'incompétence devant le tribunal lorsque l'affaire sera appelée.

Fins de non-recevoir. — Celle qui présente le plus d'intérêt est l'exception de réconciliation (art. 244), qui est d'ordre public. Il est admis même qu'elle peut être opposée lorsque la demande en divorce a pour cause une condamnation à une peine afflictive et infamante. Par réconciliation, il faut entendre l'accord des deux époux qui efface, en fait, toutes les conséquences de la demande en divorce; c'est un accord de volontés et non pas seulement une renonciation du demandeur à poursuivre son action en divorce. Les conditions de la renonciation ne sont pas précisées par la loi; c'est avant tout une question de fait laissée à l'appréciation du juge. Généralement, la preuve de la réconciliation résultera de la reprise de la vie commune, mais cette reprise ne suffit toujours pas; on trouve un grand nombre de décisions de jurisprudence dont les divergences peuvent étonner, étonnement qui n'est pas justifié si l'on se rappelle que la réconciliation est quelque chose de complexe, la résultante d'éléments de fait extrêmement subtils et nuancés, et aussi d'éléments intellectuels. Peut-on souhaiter que le législateur fixe à cet égard des règles précises pour déterminer les conditions auxquelles est subordonnée la réconciliation? Faut-il, par exemple, admettre qu'il n'y a réconciliation qu'autant qu'il y a désistement de la part de l'époux demandeur? Nous ne le croyons pas. La

réconciliation peut résulter d'éléments de fait très divers, et il convient de laisser au juge la plus entière liberté d'appréciation.

Décès. — Aux termes de l'article 244, l'action en divorce s'éteint par la mort de l'un des époux survenue avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. Toute la procédure est anéantie par la survenance du décès, à tel point que les juges ne peuvent maintenir la révocation des avantages matrimoniaux prononcée par le jugement de divorce contre l'époux aux torts et griefs duquel le jugement a été rendu. Il a été jugé, à cet égard, que les créanciers de la femme décédée ne sont pas recevables à intervenir pour faire statuer sur des demandes aux fins de déterminer le régime matrimonial des époux et liquider leurs droits respectifs. (Paris, 17 mai 1898, D. P., 98, 2, 526.) La jurisprudence décide même que, par suite de l'anéantissement de l'instance, il ne peut plus être statué sur les dépens.

Il résulte de cette jurisprudence que les héritiers et les créanciers de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé éprouvent un grave préjudice. Il convient de rappeler ici qu'aux termes de l'article 299 du Code civil, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. *Primus* et *prima* divorcent. *Primus* avait fait par contrat de mariage, à *prima*, une donation de tous biens présents. Le divorce est prononcé aux torts et griefs de *prima* et, par voie de conséquence, la libéralité faite à son profit est révoquée. Mais *primus* meurt avant la transcription du

jugement de divorce : l'action est éteinte et les juges ne peuvent plus statuer sur la révocation des avantages matrimoniaux; les libéralités sont maintenues. Il en résulte un préjudice très grave pour les héritiers et les créanciers de *primus*, qui croyaient pouvoir exercer leurs droits sur le montant des libéralités. Convient-il donc de maintenir les dispositions de l'article 244 ?

La solution dépend, à notre avis, du caractère de la révocation des avantages matrimoniaux, conséquence du divorce. Les travaux préparatoires du Code civil nous fournissent de précieuses indications sur le caractère de la disposition de l'article 244, qui était contenue primitivement dans l'article 299. « L'époux contre qui le divorce a été prononcé, a dit Treilhard, doit-il aussi conserver les avantages qui lui avaient été assurés par son contrat de mariage ? Est-il digne de les recueillir ? Et lorsqu'il se trouve convaincu de faits tellement atroces que le divorce doit en être la suite, jouira-t-il d'un bienfait qui devait être le prix d'une constante affection et des soins les plus tendres ? Non, il s'est placé au rang des ingrats; il sera traité comme eux. Il a violé la première condition du contrat; il ne sera plus reçu à en réclamer les dispositions. » (*Séance du 19 ventôse an xi*; Fenet, tome IX, page 488.)

Par conséquent, la révocation des avantages matrimoniaux édictée par l'article 299 est une peine prononcée contre l'époux coupable. Et nous retrouvons ici une application particulière de cette idée que le divorce est une sanction prononcée contre l'époux qui a commis une faute, a contrevenu aux obligations nées du mariage. Il semble donc logique de priver l'époux contre qui le divorce a été prononcé des avantages qui lui avaient été

consentis par son conjoint ; il semble moins logique de revenir sur la révocation de ces avantages lorsque l'époux qui les a consentis décède avant la transcription : à ce moment-là, les torts de l'époux ont été déclarés constants par la justice ; il semble difficile de revenir sur les mesures qui en sont la conséquence. Sans doute, la transcription n'a pas été opérée ; il n'en est pas moins vrai qu'un époux qui a pu commettre vis-à-vis de son conjoint les faits les plus injurieux, les plus graves, est restitué dans tous les avantages que ce dernier lui avait consentis. Aussi, à notre avis, il conviendrait d'autoriser les héritiers, si le décès de l'époux donateur survient après le jugement prononçant le divorce aux torts et griefs de l'époux donataire, à poursuivre l'instance en divorce, mais seulement en ce qui concerne le règlement des intérêts pécuniaires des conjoints.

Il convient de remarquer que cette question perd de son importance si l'on admet que les héritiers du donateur décédé avant la transcription du jugement de divorce peuvent obtenir la révocation des avantages pécuniaires faits à l'époux donataire contre qui le divorce a été prononcé, en intentant contre ce donataire une action en révocation pour ingratitude, dans les conditions fixées par l'article 355 du Code civil, qui précise que la donation entre vifs peut être révoquée pour cause d'ingratitude, si le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits ou injures graves ; s'il a attenté à la vie du donateur ; s'il lui refuse des aliments. Cette action, qui est refusée au donateur contre les héritiers du donataire, est ouverte aux héritiers du donateur contre le donataire (art. 957 du Code civil), mais seulement lorsque l'action a été intentée par le donateur ou qu'il est décédé

dans l'année du délit. C'est cette solution, qui a été admise par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, en date du 11 août 1886. (*Gaz. du Pal.*, 86, 2, spp. 18.)

Cette discussion est d'ailleurs, à l'heure actuelle, d'ordre purement théorique, car la loi du 26 juin 1919, modifiant les dispositions des articles 244 et 252 du Code civil, a décidé que « l'action s'éteint par le décès survenu avant que le jugement prononçant le divorce soit devenu définitif ».

Ainsi donc, dès que le jugement est devenu définitif, avant même la transcription, le divorce engendre tous ses effets.

Prescription. — On admet que l'action en divorce est imprescriptible comme toutes les actions d'état. Nous pensons toutefois qu'il conviendrait, pour éviter des abus, d'établir une courte prescription pour l'ensemble des faits qui peuvent justifier une demande en divorce. Il semble inadmissible, en effet, qu'un époux puisse, après que plusieurs années se sont écoulées depuis les faits par lui invoqués, intenter une action en divorce. L'intérêt bien entendu de la société exige que tous les efforts du législateur tendent à réduire le nombre des procès, sous réserve évidemment des droits des intéressés. Mais peut-on dire que l'un des époux est intéressé à demander le divorce, lorsque cet époux laisse écouler une longue période de temps après qu'il a connu les faits qui justifieraient sa demande? C'est dans ce sens qu'une réglementation pourrait intervenir, en particulier en ce qui concerne les faits d'adultère et, à leur égard, une courte prescription, de six mois par exemple, devrait être établie.

Il convient de remarquer, si l'on se place sur le terrain de la pratique, qu'il est assez rare de voir un époux attendre des années pour intenter son action. C'est, en général, peu de temps après les faits qui la justifient que l'époux demandeur présente au président sa requête en divorce.

Désistement. — Il constitue une fin de non-recevoir en matière de divorce comme en matière ordinaire. L'époux demandeur peut se désister jusqu'au jugement définitif.

En principe, le désistement est un acte qui n'a d'effet qu'au point de vue procédure : il anéantit l'instance, mais laisse intact le fond du droit, en ce sens que rien n'empêche le demandeur qui s'est désisté de former une nouvelle demande en faisant état des mêmes faits. En fait, il peut être considéré par le juge comme un indice de réconciliation. Cette fin de non-recevoir ne nous paraît devoir appeler aucune remarque particulière. Toutefois, en matière de divorce, pour éviter toute erreur sur l'intention de la partie qui se désiste, celle-ci devrait être invitée à préciser si elle se désiste simplement de son action ou si, au contraire, elle entend donner à son acte la valeur d'un pardon et la signification d'une réconciliation.

Péremption d'instance. — Elle s'applique aux actions en divorce comme en matière ordinaire. Elle résulte de la discontinuation des poursuites pendant trois ans (art. 397 C. pr. civ.) et, comme le désistement, elle ne touche pas le fond du droit, mais anéantit seulement l'instance ; mais tandis que celui-ci est l'expression formelle de la volonté de la partie qui se désiste, la péremption

tion n'implique aucun fait positif et résulte simplement d'un abandon de l'action. Ainsi que le précise l'article 399 du Code de procédure civile, la péremption d'instance n'a pas lieu de plein droit et elle doit être demandée. Seul le défendeur a le droit de la demander.

Nous sommes d'avis que dans bien des cas elle peut être considérée comme un signe de réconciliation. L'époux demandeur qui, pendant trois ans, reste dans l'inaction semble *à priori* vouloir effacer jusqu'au souvenir des faits qui sont venus troubler la sérénité du foyer.

Ceci est vrai aussi bien du désistement que de la péremption d'instance; l'intérêt de la société et des époux exige que l'action en divorce ne soit pas suspendue comme une menace pendant un temps prolongé. Sans doute, en matière ordinaire, il est indispensable que le désistement ou la péremption d'instance laissent intact le droit du demandeur, en anéantissant seulement l'instance; nous estimons, au contraire, que, en matière de divorce, le fond du droit est lié à l'instance à un point tel que si cette instance disparaît, on peut considérer que le demandeur renonce tacitement, mais certainement, à son droit d'invoquer les faits par lui énoncés dans sa requête en divorce. Le Code civil édicte bien que la demande en divorce est instruite et jugée comme en matière ordinaire, mais cette règle n'a de valeur qu'au point de vue procédure. En réalité, une demande en divorce se distingue très nettement d'une action ordinaire. L'action en divorce est-elle même une véritable action? L'action est la sanction d'un droit, l'exercice d'un droit. Or, peut-on parler du divorce comme d'un droit? Le divorce est plutôt un événement imprévu qui, comme la mort, dissout le mariage. Il ne devrait pas plus être question de procès, à l'occasion d'un

divorce, qu'il n'en est question au cas de décès d'un des époux. En fait, le divorce n'agit pas avec la même netteté, avec la même force brutale et irrésistible que la mort, et c'est pour cela qu'il est indispensable de vérifier s'il y a réellement cause de divorce. Mais l'existence de cette cause démontrée, les effets sont semblables. Le décès dissout le mariage parce que les époux sont séparés à jamais ; le divorce dissout également l'association conjugale parce que la situation de fait rend impossible le maintien de la vie commune. Derrière la mort, derrière le divorce se cache une même cause de dissolution du lien conjugal : la fatalité a brisé l'union des époux.

Résidence de la femme. — Aux termes de l'article 241 modifié par la loi du 18 avril 1886, la femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée par le président ou par le tribunal toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de justification, la pension alimentaire peut être refusée par le mari, et si la femme est demanderesse, le mari peut la faire déclarer non recevable à continuer les poursuites.

Si nous recherchons quelle a été l'intention du législateur en édictant cette règle, qui est la reproduction de celle contenue dans l'article 269 du Code de 1804, nous constatons qu'il s'agit d'une sorte de pénalité sanctionnant l'obligation pour la femme de résider dans la maison indiquée par le président ou le tribunal, par application des dispositions de l'ancien article 268. Cette obligation de résidence avait été imposée à la femme dans le but de « ménager la décence et de faciliter la surveillance du mari ». (*Séance du 26 vendémiaire an x* ; Fenet, tome IX, p. 347.) Rappelons, d'ailleurs, que le défaut de justifica-

tion n'entraîne pas pour la femme la déchéance de son action ; elle a simplement pour effet d'autoriser le mari à demander que toute audience soit refusée à la femme jusqu'au moment où elle aura réintégré la maison indiquée par le tribunal.

Le maintien de la disposition édictée par l'article 241 ne paraît pas justifié. En effet, cette pénalité ne correspond plus à l'état actuel de nos mœurs. D'une part, l'obligation de résidence ne suffit pas à ménager la décence et la femme pourra concilier cette obligation avec une conduite scandaleuse. D'autre part, le mari a-t-il un réel intérêt à surveiller sa femme et, cet intérêt étant démontré, le pourrait-il ? C'est assez invraisemblable, si l'on songe qu'il n'a à sa disposition aucun moyen efficace pour obliger sa femme à observer une attitude au moins correcte. Quand une procédure de divorce est engagée, le seul intérêt est que la femme puisse être touchée par les divers exploits qui lui sont signifiés. Cet intérêt disparaît d'ailleurs puisque la femme est représentée par un avoué en l'étude de qui elle est domiciliée.

Tout cela est si vrai que la jurisprudence estime qu'elle a le droit d'apprécier les motifs qui ont poussé la femme à quitter la résidence qui avait été indiquée par le tribunal et, au cas où ils lui paraissent admissibles, les juges peuvent déclarer la femme recevable à continuer sa poursuite malgré la fin de non-recevoir opposée par le mari. (Req., 8 janvier 1872, D. P., 72, 1, 87.) A notre avis, la femme devrait indiquer au juge la résidence qu'elle entend choisir, et chaque changement de résidence devrait être porté par elle à la connaissance du tribunal sous peine d'une amende au cas où elle contreviendrait à cette obligation.

Jugement et transcription. — Le jugement rendu en matière ordinaire engendre par lui-même un état juridique, il a une forme propre, il crée une situation déterminée et nouvelle. En matière de divorce, il n'en est pas de même : lorsqu'il est devenu définitif, il est nécessaire, pour qu'il ressorte son plein et entier effet, qu'il soit procédé à la transcription de ce jugement sur les registres de l'état civil de la commune où le mariage a été célébré.

Le jugement prononçant le divorce n'a par lui-même qu'un effet : celui de faire courir les délais pendant lesquels il peut être attaqué par une voie de recours ; il a besoin d'être transcrit pour qu'en découlent les effets attachés au divorce. Comment expliquer cette particularité ? Elle tient peut-être à une origine historique. Dans le Code civil de 1804, le divorce était prononcé par l'officier de l'état civil requis par l'époux au profit duquel le divorce avait été admis, en présence de l'autre époux et des témoins. C'était l'application de la théorie de l'acte contraire : pour célébrer le mariage, la présence des deux époux et des témoins était indispensable ; pour la dissolution, les mêmes personnes étaient réunies. Dans l'immense majorité des cas, lors de cette suprême réunion, on assistait à des incidents scandaleux, ou bien la cérémonie revêtait un caractère joyeux qui était très loin de la pensée et des vœux des austères rédacteurs du Code civil. C'est pour mettre fin à de pareils abus que la loi du 18 avril 1886 a créé cette procédure de la transcription. On a laissé à la transcription les effets essentiels attachés autrefois à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil.

L'effet essentiel de la transcription est le suivant : elle déclenche tous les effets du jugement qui rétroagit au

jour de la demande en divorce. A défaut de réquisition de transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu. Il convient de bien s'entendre : en ce qui concerne les effets du divorce quant aux biens, le jugement rétroagit au jour de la demande ; quant à ses effets entre époux, ils ne naissent qu'au jour de la transcription ; ainsi subsiste le devoir de fidélité.

Si nous admettons que les règles du Code civil régissant le divorce doivent être maintenues dans leur ensemble, nous dirons ceci : gardons, si vous le désirez, le principe de la transcription, mais que celle-ci reste ce qu'elle devrait être : la mention d'une modification survenue dans l'état des personnes. Un mariage a été célébré, il est dissous ; il est nécessaire que cette dissolution soit mentionnée sur les registres de l'état civil ; mais limitez à cette considération d'ordre pratique la nécessité de la transcription ; celle-ci doit être essentiellement une formalité nécessaire, mais subsidiaire. Ce qui crée une situation nouvelle pour chacun des époux, ce qui les sépare, ce qui met fin à la vie commune, fondement du mariage, c'est le jugement, et c'est à celui-ci que doivent s'attacher tous les effets du divorce du jour qu'il est devenu définitif.

Il semble, en effet, illogique de condamner pour adultère un des époux, lorsque cet adultère est postérieur à la prononciation du jugement. D'autre part, la femme, jusqu'à la transcription, a besoin, pour ester en justice, de l'autorisation maritale ou, à défaut, de justice. Dans un esprit de vexation et mû par un ressentiment, un mari pourra refuser injustement son autorisation et mettre sa femme dans l'obligation de recourir à la justice ou d'attendre qu'il ait été procédé à la transcription.

En ce qui concerne le jugement lui-même, la loi a organisé tout un système de publicité qui fait l'objet de l'article 250 du Code civil, modifié par la loi du 18 avril 1886. D'une part, un extrait du jugement admettant le divorce est affiché dans l'auditoire des tribunaux civil et de commerce, et un extrait est inséré dans un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département. Ce système de publicité est une innovation apportée par le législateur de 1886 ; avant la loi de 1886, il n'existait aucune réglementation pour assurer la publicité du jugement admettant le divorce ; cette publicité ne paraissait d'ailleurs pas absolument nécessaire en 1804 ; le divorce était un événement qui parvenait très rapidement à la connaissance des tiers en raison de ce fait que, dans la plupart des villes, tous les citoyens se connaissaient ; de génération en génération, la vie se déroulait calme et paisible dans le même quartier, souvent dans la même maison. Cette fixité des situations avait pour résultat que le moindre événement survenu dans une famille était immédiatement connu de toutes les autres. Inutile de dire qu'en 1886, la physionomie de la société avait considérablement changé.

Cette publicité, organisée en 1886, nous paraît d'ailleurs actuellement insuffisante : à l'exception des habitués de nos prétoires, qui lit les extraits affichés sur les murs d'un vestibule du Palais, auprès desquels beaucoup passent indifférents ? L'insertion dans les journaux marque un progrès, mais c'est un progrès insuffisant, surtout dans les grandes villes. Ces extraits sont souvent dissimulés en quatrième page, au milieu d'annonces commerciales, souvent à côté d'un avis par lequel un mari avise le

public qu'il ne paiera pas les dettes de sa femme qui a quitté le domicile conjugal : divorce définitif à côté d'un divorce en germe. A notre avis, sans supprimer les insertions dans les journaux et l'affichage d'extraits dans les auditoires, il conviendrait de créer, sous l'égide de la justice, une sorte de livre où, trimestriellement, seraient publiés les divorces prononcés dans chacun des ressorts de Cour d'appel et passés en force de chose jugée.

Mesures provisoires. — Le Code civil a édicté un certain nombre de règles concernant les mesures provisoires rendues nécessaires par la situation nouvelle née de l'instance en divorce. Rien de plus logique, et notre procédure du divorce devrait-elle être modifiée de fond en comble, il serait impossible de ne pas conserver les principes du Code qui régissent cette matière. Une seule question peut se poser : ne convient-il pas de modifier ces règles et de les adapter à l'état de nos mœurs, et de les perfectionner dans l'intérêt même de ceux au profit desquels elles sont édictées ?

Les mesures provisoires et conservatoires sont ordonnées par le président, en sa qualité de magistrat conciliateur, par le tribunal et par le juge des référés.

Le président, lors de la présentation de la requête en divorce, peut autoriser l'époux défendeur à résider séparément, en indiquant, quand il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire. (Art. 236.) C'est, en effet, une mesure indispensable. La paix sociale exige que les deux époux soient séparés pour que soient évités les incidents pénibles qui ne manqueraient pas de se produire si la vie commune continuait ; celle-ci est incompatible avec une instance en divorce.

Lors de la comparution des deux époux devant le président (art. 238 C. C.), d'autres mesures provisoires et conservatoires peuvent être ordonnées par le magistrat s'il n'y a pas conciliation. Les pouvoirs du juge conciliateur sont plus étendus, plus complets lors de cette comparution aux fins de conciliation que lors de la présentation de la requête en divorce ; c'est parfaitement justifié, car, à moins que le défendeur fasse défaut, les deux époux ont la faculté de fournir leurs explications, et c'est après leur audition que le président statue. Il est à remarquer que l'ordonnance qu'il rend à cette occasion est susceptible d'appel ; au contraire, celle qu'il rend en vertu de l'article 235, après présentation de la requête, ne l'est pas. Cette différence est justifiée. La première ordonnance a un caractère d'urgence et est au plus haut point provisoire, puisque la situation qu'elle crée est limitée au temps qui s'écoule entre sa date et celle de l'ordonnance rendue par application de l'article 238. De plus, bien qu'on affirme que la première ordonnance puisse statuer sur d'autres mesures que la résidence, en pratique elle ne porte guère que sur la résidence. Au contraire, la deuxième ordonnance a statué sur des mesures provisoires plus nombreuses et plus importantes ; elle crée un *modus vivendi* qui se prolongera généralement pendant toute l'instance, jusqu'au prononcé du jugement. Pour ces raisons, nous estimons très justifiée cette différence existant, au point de vue de l'appel, entre l'ordonnance rendue sur la requête en divorce et celle rendue à la suite de la tentative de conciliation. Remarquons d'ailleurs qu'aux termes mêmes de l'article 238, les mesures provisoires prises par le président, lors de la tentative de conciliation, peuvent être complétées et

même modifiées par jugement du tribunal, et par le juge des référés en ce qui concerne la résidence de la femme.

Résidence séparée des époux. — Elle peut être demandée par l'époux demandeur comme par l'époux défendeur. La résidence séparée est-elle un droit pour la femme ? L'ancien article 268, abrogé, impliquait l'affirmative en décidant que « la femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite »... L'article 258 actuel n'édicte aucune disposition semblable et on peut soutenir que le magistrat conciliateur peut s'opposer à la séparation de résidence. Nous pensons que l'on devrait proclamer, par une disposition formelle, le droit de la femme d'obtenir une résidence séparée.

Il est admis que si c'est la femme qui demande une résidence séparée, le magistrat conciliateur doit fixer cette résidence. Si c'est le mari qui demande la résidence séparée, le juge peut faire droit à sa demande : le mari doit alors quitter le domicile conjugal où reste la femme.

Il est également admis que la résidence séparée fixée à la femme ne doit pas être le domicile conjugal. Toutefois, la femme peut être autorisée à demeurer au domicile commun que le mari doit alors quitter, et il en sera ainsi pour des causes exceptionnelles, par exemple quand la femme exerce un commerce au domicile conjugal. Ce maintien de la femme au domicile commun se justifie alors par l'intérêt de celle-ci et des enfants. Il semble inutile de codifier cette pratique de la jurisprudence, car on ne peut, dans des textes de loi, viser toutes les situations et il convient de s'en rapporter à la sagesse des juges, surtout en matière de divorce.

Le magistrat conciliateur peut aussi, par application

des dispositions de l'article 238, ordonner des mesures provisoires visant la garde des enfants, la remise des effets personnels et statuer, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments.

Quant au tribunal, il peut, aux termes de l'article 240, ordonner des mesures provisoires à la requête de l'un des époux ou à celle d'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public ou même d'office. Le tribunal statue également sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes.

La question de la pension alimentaire et de la provision *ad litem* nous paraît mériter quelques observations.

Le mari peut, comme la femme, réclamer cette pension et cette provision, qui sont accordées à l'époux toutes les fois que ses ressources ne lui permettent pas de subvenir à ses besoins et de plaider. Ceci, dans certaines hypothèses, nous paraît aboutir à des résultats choquants : une femme intente contre son mari une action en divorce et le tribunal accorde à la demanderesse une pension *ad litem* ; les débats ayant fait éclater au grand jour la mauvaise foi de la femme, celle-ci succombe dans son action que l'on peut considérer comme vexatoire. On peut considérer, avec quelque raison, que la pension *ad litem* n'a pas répondu, dans cette espèce, au but poursuivi par le législateur ; elle a servi à intenter une action injustifiée et vexatoire. Aussi nous estimons que la provision *ad litem* devrait être supprimée en matière de divorce ; sans doute la femme sera condamnée aux dépens ; mais si la femme ne possède aucun bien, le mari n'en sera pas moins tenu des frais avancés pour se défendre sur l'action en divorce dirigée contre lui. On pourra objecter que nous

avons envisagé une hypothèse exceptionnelle et que dans certains cas la provision *ad litem* est pleinement justifiée. Cet argument peut être rétorqué ; quels que soient les torts de l'époux, il nous semble admissible de l'obliger à faire l'avance des frais d'une instance dirigée contre lui : cela est contraire aux règles de l'équité et aux principes mêmes de l'union conjugale. D'autre part, il convient de remarquer que l'époux dénué de ressources peut demander le bénéfice de l'assistance judiciaire, et l'on peut affirmer que les bureaux d'assistance sont d'une extrême bienveillance. Le bénéfice de l'assistance judiciaire n'est-il pas une des raisons de la multiplication effrayante des divorces en France ? L'obligation d'avancer les frais de procédure, de verser une provision à l'avoué, la crainte d'avoir un jour la totalité des dépens à supporter sont les meilleurs freins contre les actions vexatoires et injustifiées ; l'assistance judiciaire permet de courir la chance et de se garantir en fait contre tout risque.

Quant à la pension alimentaire que le tribunal peut accorder, elle nous inspire des réflexions semblables. Les tribunaux devraient se montrer extrêmement circonspects, car souvent la demande de pension n'est pas justifiée. Si un époux qui a demandé la pension et qui l'a obtenue succombe dans son action, il aura du moins la satisfaction de penser que, pendant toute l'instance, il aura vécu à l'aide des ressources procurées par son conjoint à qui il aura fait l'injure d'intenter une demande en divorce. Ajoutons, au surplus, que l'époux qui a obtenu la pension alimentaire conserve la liberté de mener joyeuse vie et de faire des dettes, puisque cette pension est insaisissable, sauf pour cause d'aliments.

Mesures conservatoires quant aux biens. — Elles font l'objet des dispositions de l'article 242 du Code civil.

L'un et l'autre des époux peuvent demander que soient prises des mesures conservatoires pour la garantie de leurs droits, notamment l'apposition des scellés. Le même droit appartient à la femme même non commune pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration et la jouissance. La formule très large de l'article 242 nous indique que les époux peuvent solliciter d'autres mesures conservatoires que l'apposition des scellés. La question la plus controversée est celle de savoir si la femme peut demander la nomination d'un séquestre administrateur judiciaire des biens communs. La jurisprudence semble incliner dans le sens de l'affirmative. Nous estimons que c'est là une mesure utile et qui, dans certains cas, est seule de nature à garantir complètement les reprises de la femme. En effet, il ne suffit pas de sauvegarder les biens communs par l'apposition des scellés : celle-ci ne suffit pas lorsque le mari, par sa mauvaise foi ou son inexpérience, risque de supprimer les revenus des biens de la communauté. Le Code civil devrait exprimer une mesure formelle à cet égard.

SECTION DEUXIÈME

Réforme de la procédure du divorce.

Nous avons vu que la procédure du divorce, telle qu'elle est organisée par le Code civil, justifie quelques critiques. D'ailleurs, ce n'est pas seulement la doctrine qui s'élève contre certaines de ses règles ; la jurisprudence a complété les solutions du Code ou les a modifiées dans leur

esprit. Que signifie ce manque d'harmonie entre la loi et la pratique? Ce désaccord entre la règle et la jurisprudence est simplement l'expression de celui qui existe entre le droit et le fait, entre la théorie et la vie; ce désaccord est un phénomène extérieur qui révèle un trouble plus profond, de même que dans le corps humain certains accidents sont la manifestation de lésions qui intéressent les organes essentiels.

Faut-il se contenter de constater les progrès chaque jour plus marqués de ce désaccord? Faut-il combler les lacunes de la loi et corriger les règles qui ne sont plus adaptées aux circonstances actuelles en procédant comme on l'a fait jusqu'à ce jour; en adoptant des pratiques juridiques qui ne correspondent plus à l'esprit du Code; en ajoutant, en quelque sorte, des morceaux? Ne convient-il pas, au contraire, de renverser tout le système de procédure édifié par le législateur de 1804 et réparé pour partie par celui de 1884 et 1886? Cette solution nous paraît préférable, car, à force de réparations de détail, l'œuvre finit par ne plus présenter d'unité; l'esprit qui avait présidé à sa construction n'anime plus les parties ajoutées après coup, on n'y découvre plus la pensée du maître de l'œuvre. De là des divergences qui irritent les commentateurs de la loi, le magistrat chargé de l'appliquer et aussi le justiciable à qui elle est appliquée.

Mais dans quel sens diriger cette réforme de la procédure du divorce? Cela dépendra de l'idée que l'on doit se faire du divorce. Il n'y a, en réalité, qu'un seul critérium pour dire s'il y a lieu à divorce ou non : le maintien de la vie commune est-il possible ou non? La notion du divorce n'est plus déterminée par les idées d'un groupe politique, comme tant de lois révolutionnaires qui

ont été imposées à la société. Avec la plus entière bonne foi et souvent avec raison, les hommes de la Révolution ont voulu faire entrer dans les cerveaux et dans les mœurs des règles qui n'étaient pas souhaitées par les populations ou auxquelles celles-ci étaient indifférentes ; aujourd'hui, leur œuvre serait impossible ; ils ont pu dompter les tendances et les coutumes d'un pays ; à l'heure actuelle, c'est la vie qui l'emporte sur les principes : toute loi qui contrarie les tendances profondes des hommes est vouée à l'insuccès et sera tôt ou tard balayée.

Et ceci nous paraît particulièrement vrai en matière de divorce, parce qu'avec lui nous touchons de très près à la vie intime des hommes, parce que peu de citoyens ont une difficulté se référant à la mitoyenneté d'un mur ou à une action en complainte ou en réintégrande, alors que beaucoup d'entre eux peuvent un jour ou l'autre dire ou s'entendre dire que la vie commune entre époux est devenue impossible. Dès lors, les tendances profondes des masses réagissent avec plus de force sur les lois ; celles-ci, dans ces matières, doivent suivre les mœurs et en être le simple reflet. Le fait domine ici la volonté du législateur.

Mais comment canaliser et discipliner ces courants ? Quelles sont les lois qui devront en être à la fois l'expression et le guide ? La réponse est ici plus difficile : autre chose est de dire que l'on ne veut plus ce qui existe en ce qui concerne le divorce, que l'on veut du nouveau ; autre chose est de dire quel est ce nouveau.

Un premier point nous paraît acquis : la procédure du divorce est trop complexe, trop longue. Elle pouvait se concilier avec les besoins de la société de 1804 qui, après les folies du Directoire et l'apaisement social revenu,

n'en fit qu'un usage assez modéré. Elle ne convient plus à notre société moderne, où le divorce est de plus en plus admis, même dans les milieux où il était autrefois considéré comme une abomination. Beaucoup de jeunes gens des deux sexes ne se marient-ils pas aujourd'hui avec la pensée secrète de divorcer un jour, si l'expérience qu'ils tentent ne leur donne pas le bonheur ? Et comme celui-ci, du moins sous la forme ardente qu'il revêt auprès des jeunes imaginations, n'est pas le lot de la plupart des hommes, les risques de divorce se multiplient.

D'autre part, le législateur a cru faire de la procédure un obstacle même au divorce. Il a cru qu'en multipliant les comparutions personnelles, les délais, qu'en édictant des formalités multiples, il découragerait les époux. En réalité, il n'en est rien ; en quelque sorte, la procédure l'a emporté sur le fond même du droit, si bien qu'à l'heure actuelle le divorce apparaît de plus en plus comme une série d'actes, une sorte d'antichambre précédant des pièces en enfilade, au bout desquelles on aperçoit la porte de sortie du mariage. Si bien qu'on obtient le divorce avec une facilité trop grande, surtout dans les grandes villes, où il est parfois, en réalité, l'expression d'un consentement mutuel.

Dès lors, il nous apparaît que la procédure doit être à la fois simplifiée et organisée de telle sorte qu'elle permette au juge de ne prononcer le divorce qu'autant que le lien conjugal est profondément atteint.

Une question se pose : doit-on, tout en refondant la procédure, lui conserver son cadre actuel ? En d'autres termes, est-ce devant les tribunaux ordinaires que l'instance en divorce doit se développer ? Convient-il, au contraire, d'instituer une nouvelle juridiction ?

Continuer à attribuer compétence aux magistrats de l'ordre judiciaire présente un grand avantage : le débat se déroule sous la direction d'un tribunal composé de juges expérimentés et impartiaux; ceux-ci possèdent, au bout de quelques années, une connaissance parfaite de la doctrine et de la jurisprudence en matière de divorce; leur justice est une sauvegarde pour la loi et une garantie pour le justiciable; ils peuvent tenir compte du fait dans leur décision sans jamais lui permettre de porter atteinte au principe.

Mais, nous avons déjà insisté sur cette idée, la demande en divorce ne revêt pas les caractères généraux d'une action en justice. A notre avis, elle n'est même pas une action, car l'action est l'exercice d'un droit, faculté reconnue aux citoyens par la loi. Or, le divorce ne tombe pas sous l'application de cette définition : un individu n'a pas le droit de divorcer; s'il demande le divorce et s'il triomphe dans son action, ce n'est pas la reconnaissance d'un droit à son profit, c'est parce que le juge a estimé que la vie commune était devenue impossible par la faute d'un des conjoints. Nous avons vu d'ailleurs que la tendance générale vise à considérer le divorce comme la conséquence de toute impossibilité de vie commune, abstraction faite de l'idée de faute imputable à l'un ou à l'autre des époux. Nous nous écartons singulièrement de la notion de droit. Le divorce est en réalité la reconnaissance par la justice d'une situation de fait dérivant d'un dissentiment profond entre époux; il est en quelque sorte la liquidation d'une faillite conjugale provoquée par un coup de la fatalité.

D'autre part, une action ordinaire tend plutôt à sauvegarder un droit d'ordre matériel et souvent d'ordre

pécuniaire. Le divorce met en jeu des intérêts bien différents et se présente avec une physionomie particulière. Il n'a pas surgi au grand jour dans le monde des affaires, ni même dans celui du monde tout court; il est né en marge de la vie extérieure, dans la pénombre, dans l'intimité du foyer; les faits qui lui ont donné naissance ont été longtemps ignorés, sauf des deux époux, parfois même de l'un d'eux; c'est en cachette que le lien conjugal a été rongé; ce n'est que plus tard que la rupture définitive et complète se produit, et que la catastrophe éclate au grand jour par le fait de l'action en divorce. Quel est l'intérêt du procès? C'est l'honneur des époux, la réputation de la famille, l'avenir des enfants; c'est la vie même d'une de ces cellules sociales dont la masse forme une nation.

Enfin, le divorce ne met pas seulement en question deux époux : ce sont les enfants, ce sont les membres des familles des deux époux qui sont également parties au procès, qui subissent le contre-coup de la crise qui les dresse l'un contre l'autre.

Et toutes ces considérations font que le divorce appartient plutôt au domaine de la morale qu'à celui du droit proprement dit; c'est un fait d'ordre moral qui engendre des conséquences juridiques.

Ceci posé, doit-on attribuer compétence, en matière de divorce, aux tribunaux ordinaires, ou bien doit-on instituer, pour connaître des causes de divorce, une juridiction spéciale? Nous concluons très nettement à la nécessité d'organiser une juridiction spéciale, en raison de ce fait que le caractère propre de l'action ne permet pas de l'assimiler à une demande ordinaire. Quelle sera cette juridiction? A première vue, la réponse peut paraître

difficile. Qui dit juridiction dit juges, et, par habitude d'esprit, nous entendons exclusivement par juges les magistrats de l'ordre judiciaire.

L'idée que nous proposons, à la suite d'éminents juristes, est la suivante : le mariage est le fondement de la famille, qui est à la fois son origine et son but ; le divorce est donc d'ordre purement familial. Pourquoi, dès lors, ne pas soumettre la demande en divorce à une sorte de tribunal familial ? L'idée peut paraître osée. Et cependant, à la réflexion, elle présente de sérieux avantages. Elle n'est pas d'ailleurs nouvelle, puisque l'institution d'une juridiction familiale était une des particularités de la procédure instituée, au cours de la période révolutionnaire, par le décret du 20 septembre 1792 ; en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, nous rappelons que la procédure comportait, à cet égard, deux phases essentielles : la comparution des époux devant un tribunal familial, la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Nous ne pensons pas que le consentement mutuel puisse être admis par notre droit comme cause de divorce, car seule l'impossibilité de la vie commune peut justifier le divorce et le consentement mutuel peut être seulement l'expression de la volonté de deux conjoints, exclusive de tout désaccord entre les époux. Ceux-ci, grâce au consentement mutuel, pourraient divorcer non pas parce qu'ils ne s'entendent pas, mais parce qu'ils s'entendent trop bien. En d'autres termes, nous estimons que la juridiction familiale, adoptée par le décret du 20 septembre 1792, devrait être transportée sur un autre terrain et appelée à statuer sur les demandes en divorce fondées sur ce que nous oserions appeler l'incompatibilité de vie commune, découlant d'une cause

quelconque, atteignant le lien conjugal dans ses fibres les plus intimes.

La juridiction familiale aurait cet intérêt de confier la connaissance de la demande en divorce à des magistrats mieux placés que ceux de l'ordre judiciaire pour en connaître. Quelles que soient l'attention et la puissance d'observation des juges ordinaires, il faut bien avouer que le demandeur et le défendeur en divorce ne sont pour eux que des parties au procès, qu'ils connaissent surtout par des actes de procédure et par des plaidoiries qui sont contraires en fait. Cela suffit dans un procès ordinaire, où sont en cause moins deux individus que deux prétentions juridiques qui naissent d'une situation de fait déterminée; la personnalité des plaideurs disparaît derrière les conclusions prises en leur nom. Au contraire, dans les instances en divorce, il est indispensable, pour pouvoir statuer en toute connaissance de cause, que les juges soient éclairés sur la personnalité des époux. Pour dégager les responsabilités, pour apprécier si le lien conjugal est réellement atteint, il est nécessaire de connaître la vie passée des époux, les conditions dans lesquelles le mariage a été contracté, les sentiments et le caractère de chacun des conjoints, la façon dont chacun d'eux comprend les obligations du mariage, de vérifier si le désaccord conjugal n'est pas dû à des interventions maladroites et inopportunes des époux. Juger une action en divorce, c'est faire œuvre, non seulement de juriste, mais encore de psychologue, et analyser les sentiments les plus subtils et les plus cachés du cœur humain. Cette œuvre, difficile pour des magistrats, est simplifiée pour les parents les plus rapprochés des époux. Ils connaissaient ceux-ci avant leur union, ils les ont

suivis depuis la célébration du mariage, ils ont aperçu les premiers nuages qui ont terni l'éclat du bonheur conjugal, ils ont connu tous les prodromes de la crise qui devait aboutir à une demande en divorce; ils peuvent, dès lors, dégager les responsabilités et juger ainsi s'il s'agit seulement d'une crise passagère ou si, au contraire, la vie commune est devenue impossible.

Au surplus, l'institution d'un tribunal familial réserverait de plus grandes chances de réconciliation : une réconciliation n'est souvent impossible devant le président que parce que ce magistrat ignore par quel côté elle peut être tentée. Parfois, l'évocation d'une joie commune, le rappel d'une souffrance, car les larmes unissent mieux que les sourires, suffiront à réunir les époux. A cet égard, les parents sont particulièrement qualifiés pour tenter la démarche suprême; ils ont d'autant plus de crédit qu'ils possèdent l'affection des conjoints; les deux familles pourront unir leurs prières et le désaccord des époux tombera peut-être devant ce bloc de tendresse.

Enfin, les demandes en divorce seraient jugées dans le prétoire qui leur convient. On en aurait fini avec l'audience publique, à laquelle se pressent les curieux et les désœuvrés, attirés moins par le désir de voir rendre la justice que par celui d'assister à des débats riches parfois en détails scandaleux. Devant une assemblée de parents, les époux comparaitraient en personne et fourniraient leurs explications; les plaidoiries seraient réduites à leur simple expression et ne seraient que le développement des moyens présentés par les époux.

Voilà donc justifié le principe du tribunal de famille pour juger les demandes en divorce. Une seule question : doit-on attribuer compétence exclusive au tribunal fami-

lial ou convient-il de faire intervenir également le pouvoir judiciaire ?

Si les hommes étaient parfaits, le tribunal de famille suffirait, car, en la matière, il est la juridiction par excellence. Mais on est obligé de reconnaître qu'il présente certains inconvénients.

En premier lieu, les parents peuvent, précisément en raison de l'affection qu'ils ressentent pour celui des époux à qui les unit le lien de parenté, ne pas offrir toutes les garanties d'impartialité requises; ils risquent d'être aveuglés par la tendresse qu'ils ont pour lui. Les juges de l'ordre judiciaire, au contraire, seront plus froids, plus réfléchis, plus impartiaux. Ils dominent davantage les débats et, entre des affirmations contraires, sont plus à même de découvrir la voie de la vérité.

De plus, en admettant que les membres de l'assemblée familiale comprennent parfaitement leur rôle et leur devoir de magistrats, ils peuvent ne pas posséder les connaissances indispensables pour exercer convenablement leurs fonctions de juge. Juger une affaire de divorce, ce n'est pas seulement dégager des responsabilités, se former une conviction sur le point de savoir si le lien conjugal est atteint ou non; c'est aussi ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, c'est procéder à la liquidation des droits des époux; la décision a besoin d'être motivée; les parents seront-ils capables d'exprimer en formules claires, sinon juridiques, les raisons sur lesquelles ils se sont appuyés pour admettre ou pour rejeter la demande en divorce ? Rien ne peut suppléer à une formation professionnelle. De plus, l'assemblée familiale pourra présenter parfois du désordre, de l'incohérence, de l'indiscipline, manquer de ce calme, de cette

sérénité qui sont le caractère et la condition d'une bonne justice. Qui sera président du tribunal ? Des compétitions pourront s'élever sur ce point; le président sera nécessairement le parent de l'un des époux; les parents de l'autre conjoint verront peut-être cette désignation avec défiance et en ressentiront, à tort ou à raison, une impression fâcheuse; de là des scènes possibles qui risqueraient de devenir scandaleuses et de mettre l'assemblée dans l'impossibilité de juger.

Ces considérations ne sont pas de nature à faire rejeter le principe du tribunal de famille, mais elles sont suffisantes pour faire décider que la justice rendue par l'assemblée familiale sera entourée des garanties nécessaires que confère la présence d'un magistrat de l'ordre judiciaire. Nous concluerons donc que la demande en divorce sera déférée au tribunal de famille, mais que celui-ci sera tout au moins présidé et contrôlé par un magistrat de carrière, délégué par le président du tribunal ou par le premier président de la Cour d'appel. Ainsi donc, les actions en divorce seront jugées par une juridiction extra-judiciaire, et en même temps, grâce à la présence du magistrat, le jugement de la cause sera assorti de toutes les garanties que confère le pouvoir judiciaire.

Essayons de préciser maintenant les fonctions respectives du président et des juges. Quel sera le fonctionnement de l'assemblée ? Nous estimons qu'il conviendrait de s'inspirer des principes du Code civil régissant le conseil de famille en matière de tutelle. Nous ne ferons d'ailleurs que retenir le principe, car les mêmes règles ne pourraient être adoptées en matière de divorce. Tous les membres du conseil de famille d'un mineur sont répu-

tés agir dans un même intérêt, celui du mineur; les membres du tribunal familial appelé à statuer sur une demande en divorce devront dégager la vérité en présence des prétentions contraires émanant de chacun des époux. Nous avons insisté, d'autre part, sur la nécessité de voir le pouvoir judiciaire intervenir dans l'assemblée; quels seront ses droits et ses devoirs? Devra-t-il se borner à diriger les débats, à les surveiller, ou bien faut-il lui accorder voix délibérative, ou même voix prépondérante au cas de partage?

A notre avis, la composition du tribunal pourrait être la suivante : il serait composé de huit membres, non compris le magistrat. En feraient nécessairement partie, s'ils existent, les père et mère de chacun des époux, et, à défaut des père et mère, les ascendants les plus rapprochés dans chaque ligne paternelle et maternelle. Les autres membres du tribunal domestique seraient les parents les plus rapprochés et, à défaut de parents, les amis. Au cas de partage des voix, le juge aurait voix prépondérante pour départager.

Une autre difficulté se présente : abstraction faite de toute voie de recours, la décision du tribunal arbitral vaudra-t-elle, à elle seule, comme décision de justice, ou devra-t-elle être revêtue de la force exécutoire par un jugement du tribunal? De plus, cette décision sera-t-elle définitive ou pourra-t-elle être frappée d'appel? A notre avis, il serait préférable que la sentence de l'assemblée de famille fût déférée au tribunal civil d'arrondissement pour être revêtue de la force exécutoire. Quel sera le pouvoir du tribunal? A notre avis, en principe, le tribunal n'aura qu'à pourvoir la sentence arbitrale de la formule exécutoire, sans avoir le droit de la modifier ou de

la déclarer injuste et mal fondée. Nous pensons, toutefois, qu'il doit avoir le droit de la casser, au cas où elle serait entachée d'un vice de forme.

L'appel serait-il admis ? Il semble bien difficile de refuser à la partie à laquelle la décision fait grief le droit d'interjeter appel ; un tribunal peut rendre des jugements qui contiennent une erreur de droit ou une erreur de fait ; un tribunal domestique n'est pas à l'abri de pareilles erreurs. D'autre part, le propre de l'appel est de déférer le jugement à d'autres juges : c'est l'effet dévolutif. Il paraît difficile de soumettre la cause à d'autres juges que ceux qui se sont déjà prononcés : les membres du tribunal de famille. Pour vaincre cette difficulté, nous estimons que la sentence pourra être attaquée par la voie de l'appel et que celui-ci sera porté devant un tribunal d'appel composé de la manière suivante : le caractère familial de la juridiction serait maintenu par ce fait que quatre membres du tribunal arbitral seraient conservés : les père et mère de chacun des époux, et, à défaut des père et mère, les ascendants les plus rapprochés dans chaque ligne ; mais on adjoindrait à ces membres trois magistrats, conseillers à la Cour, désignés par le premier président. De ces trois magistrats, deux auraient voix délibérative, le troisième serait nommé président ; il dirigerait les débats et aurait voix prépondérante au cas de partage.

Ces principes exposés, examinons succinctement quelles seraient les phases essentielles de la procédure.

Nous estimons d'abord que le ministère des avocats, avoués et huissiers pourrait être maintenu. Il paraît indispensable, en effet, que les parties soient représentées par un avoué, car la procédure, pour si réduite qu'elle

soit, exige des connaissances étendues et une pratique constante des affaires. Le fait que le demandeur et le défendeur doivent comparaître en personne devant le tribunal domestique ne saurait les dispenser de l'assistance d'un avocat, qui pourra faire valoir leurs arguments et discuter avec plus de compétence sur les questions subsidiaires, mais importantes, de la garde des enfants et des mesures provisoires et conservatoires.

1° La requête est présentée au président du tribunal civil d'arrondissement par l'époux demandeur en personne et, au cas prouvé d'empêchement, par son avoué. Par une ordonnance rendue sur pied de requête, le président autorise l'époux à signifier sa demande en divorce à son conjoint, ainsi qu'aux divers parents ou amis qui doivent siéger au tribunal de famille. Le président désigne, en outre, un juge du siège pour présider le tribunal arbitral et statue, s'il y a lieu, sur la garde provisoire. C'est ce juge qui statuera jusqu'au jour où le tribunal se réunira, par voie de référé, sur toutes les mesures provisoires et conservatoires que rendra nécessaires l'instance en divorce. La signification de la requête en divorce et de l'ordonnance rendue, aux membres du tribunal et au conjoint, sera faite dans le délai d'un mois, à compter de la date de l'ordonnance, à peine de nullité;

2° Dans le délai de quinze jours, à compter de cette signification, l'époux demandeur présente requête au magistrat désigné pour remplir les fonctions de président du tribunal domestique, aux fins de voir fixer les jour, lieu et heure auxquels il lui plaira fixer la réunion du tribunal. Cette réunion ne pourra avoir lieu moins d'un mois et plus de quatre mois, à compter de la date de la requête adressée au magistrat. Cette requête est répon-

due d'une ordonnance fixant la réunion de l'assemblée. Ces requête et ordonnance seront signifiées dans un délai de huitaine, par l'époux demandeur, à ses parents et amis, qui doivent constituer la moitié de l'assemblée, ainsi qu'au défendeur. Cette signification constituera, à proprement parler, l'assignation en divorce. Sur cette assignation, l'époux défendeur devra constituer avoué et convoquer les quatre membres qui constitueront l'autre moitié du tribunal. Cette constitution, qui contiendra dénonce de ces quatre membres, devra intervenir dans un délai de trois jours francs;

3° Le tribunal familial se réunit aux jour, lieu et heure fixés par le magistrat. Les époux doivent comparaître en personne. Si le défendeur fait défaut, faute de comparaître ou faute d'avoir constitué avoué, il est passé outre aux débats, l'époux défaillant étant frappé d'une forte amende. Les deux époux sont entendus par l'assemblée et ont la faculté de faire entendre un avocat pour compléter et préciser juridiquement leurs explications. Pour prouver les faits par eux allégués, les époux ont le droit de faire entendre des témoins; si l'offre en preuve est admise par le tribunal, l'affaire est renvoyée à une audience ultérieure, à laquelle les témoins sont entendus par le tribunal;

4° La sentence est signifiée à la requête de la partie la plus diligente à l'autre partie. L'appel doit être interjeté dans un délai de trente jours, à compter de la signification du jugement, et, pour éviter les appels *ab irato*, il ne pourra être relevé appel qu'après qu'un délai de huit jours francs aura couru depuis la date de la prononciation de la sentence. L'appelant présente alors requête au premier président de la Cour d'appel pour voir dési-

gner les trois magistrats qui feront partie du tribunal d'appel. Par ordonnance rendue au pied de cette requête, le premier président désigne ces magistrats et, dans le délai d'un mois à courir de la date de cette ordonnance, les dites requête et ordonnance sont signifiées par l'appelant à l'intimé;

5° Dans le délai de quinzaine, à dater de cette signification, l'appelant présente requête au magistrat désigné comme président du tribunal d'appel, pour voir fixer les jour, lieu et heure auxquels se réunira l'assemblée, et la procédure devant le tribunal d'appel se déroule comme en premier ressort;

6° Il est procédé à la transcription, conformément aux dispositions édictées par les articles 244 et 252 du Code civil.

Nous n'avons pas voulu proposer ici de nouvelles règles dont l'ensemble constituerait un nouveau système de procédure du divorce, mais simplement donner un aperçu de ce que cette procédure pourrait être dans l'avenir.

Nous aurions atteint le but que nous nous sommes proposé si nous étions arrivé à faire partager au lecteur cette conviction que la procédure du divorce n'est plus en harmonie avec les mœurs; les tendances de notre époque, avec la vie. Et, ici encore, nous assistons à un de ces conflits violents que celui qui a bien voulu nous éclairer de ses conseils dans la rédaction de cette modeste étude a magistralement analysés dans *La Révolte des Faits contre le Code*. Nous ne prenons pas parti; nous constatons. Notre législation du divorce ressemble à un système de digues qui n'ont pu résister à l'impétuosité des flots et dont on aperçoit seulement quelques superstructures

émergeant de la surface des eaux; une mise au point des règles du Code serait insuffisante : il faut procéder à une nouvelle réglementation du divorce dans la loi française.

Quel doit être le guide du législateur dans une œuvre de pareille envergure ? Cette question doit se résoudre par les considérations ci-après : si l'on obéit aux suggestions des purs théoriciens; si l'on se propose, avant de se mettre à l'œuvre, de placer celle-ci sous la protection de quelques grands principes; si l'on se laisse entraîner par des arrière-pensées d'ordre sentimental ou politique; si l'on se met à l'ouvrage avec le seul souci de détruire pour paraître un esprit soi-disant avancé, on aboutira à de graves mécomptes et à une désorganisation complète de la famille. On aura anéanti quelques règles qui n'avaient qu'une médiocre valeur, mais, à la place, ce sera le néant. Une seule méthode est efficace, c'est la méthode expérimentale; analyser minutieusement les faits et sanctionner par des règles de droit les lois naturelles que cet examen révèle, voilà la magnifique tâche qui s'offre au législateur. Quelques heures passées dans une salle d'audience sont, tout au moins en matière de divorce, une excellente leçon de choses, et valent bien, pour être à même de légiférer en toute connaissance de cause, les polémiques les plus passionnées et les discours les plus académiques.

Montpellier, le 16 juin 1920.

Vu : *Le Président de la thèse,*

G. MORIN.

Vu :

Montpellier, le 16 juin 1920.

Le Doyen,

Jules VALÉRY.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 17 juin 1920.

Le Recteur,

Jules COULET



TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
AVANT-PROPOS.....	7

PREMIÈRE PARTIE

LE DIVORCE AVANT LA LOI DE 1884

CHAPITRE PREMIER. — Le divorce dans le droit intermédiaire.....	11
CHAPITRE II. — Le divorce dans le Code civil de 1804.....	33
CHAPITRE III. — Procédure du divorce dans le Code civil de 1804.....	67
CHAPITRE IV. — De la loi de 1816 à la loi de 1884.....	85

DEUXIÈME PARTIE

LA QUESTION DU DIVORCE DANS NOTRE DROIT ACTUEL

CHAPITRE PREMIER. — Les causes légales du divorce et leur interprétation par la jurisprudence.....	93
CHAPITRE II. — L'élargissement des causes du divorce...	102
CHAPITRE III. — La procédure du divorce.....	132
Section première. — Etude des solutions légales.....	134
Section deuxième. — Réforme de la procédure du divorce.	172

